Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach
Hellfeld
ein Commentar

von
D. Christian Friedrich Glück
geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte
auf der Friedrich-Alexanders Universität
in Erlangen.

Drey und zwanzigsten Theils erste Abtheilung.

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.
1822.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Fortsetzung des Titels

De sponsalibus.

§. 1195.

Bedingte Sponsalien, und deren verschiedene Wirkungen.

Verlöbnisse können auch unter Bedingungen eingegangen werden, wovon in den Decretalen Tit. V. Libri IV. de conditionibus appositis in desponsatione handelt [1]). Bedingte Verlöbnisse (sponsalia conditionalia) werden aber diejenigen genennt, deren Wirksamkeit von der Existenz eines gewissen Ereignißes abhängig gemacht worden ist [2]). Eine stillschweigende Bedingung, welche entweder ihrer Natur nach oder nach den Gesetzen in jedem Ehever=

1) S. *Jac.* Cujacius Recitation. solemn. in Libr. IV. Tit. 5. Decretal. Gregorii IX. Oper. a *Fabroto* editor. Tom. III. pag. 338. sqq. *Em.* Gonzalez Tellez Commentar. in Decretal. Gregorii IX. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 5. pag. 109. sqq. *Henr.* Brouwer de iure connubior. Lib. I. cap. 21. *Ad. Balth.* Werner Diss. de sponsalibus sub conditione contractis. *Lipsiae* 1697.

2) §. 4. *I. de verbor. obligat.* *L.* 44. §. 2. *D. de obligat. et action.*

sprechen liegt, und sich daher von selbst versteht, macht das Verlöbniß nicht bedingt [3]). Z. B. die Bedingungen, wenn sich die Umstände nicht ändern, unter welchen das Eheversprechen geschehen ist, oder wenn der andere Theil zur Kinderzeugung tüchtig seyn wird, oder wenn die Braut noch eine Jungfer ist, oder wenn das Eheversprechen mit Einwilligung der Eltern des andern Theils geschieht, in deren Gewalt er noch ist, oder wenn nicht einer oder der andere unterdessen in einen geistlichen Orden treten wird, welcher die Vollziehung der Ehe unmöglich macht [4]), brauchen keiner Erwähnung. Nur solche Bedingungen machen Sponsalien bedingt, welche sich nicht schon von selbst verstehen, sondern ausdrücklich beygefügt seyn müssen, wenn sie von Wirkung seyn sollen. Man nennt diese Bedingungen daher auch äußere, so wie jene stillschweigenden innere [5]). Der Unterschied zwischen beyden besteht darin. Ausdrückliche oder äußere Bedingungen müssen existiren, wenn die Sponsalien gelten sollen, sie geben also erst durch ihr Eintreffen dem Verlöbniß Gültigkeit; stillschweigende hingegen heben durch ihr Nichtdaseyn die Gültigkeit der Sponsalien auf [6]).

3) *L.* 99. *D. de condit. et demonstrat. Cap.* 2. *X. de sponsalib.* S. *J. H.* Boehmer iur. eccles. Protest. T. III. Lib. IV. Tit. 5. §. 1 — 3. *Paul. Jos. a* Riegger Instit. iurispr. eccles. P. IV. §. 12. *Jos. Jo. Nep.* Pehem Praelect. in ius eccles. univ. P. II. §. 419. *Fr. Guil. Ant.* Gambsjäger ius eccles. §. 207. p. 409.

4) *L.* 98. *pr. D. de Verb. obligat. L.* 38. *pr. D. de solut. Pr. I. de nupt. Cap.* 25. *X. de iureiur.* et cap. 7. X. de convers. conjugator.

5) Brouwer c. l. nr. 8. pag. 209.

6) S. Brouwer c. l. nr. 9. pag. 209.

In Absicht auf die Wirkung bedingter Verlöbnisse ist nun ein Unterschied, ob die Bedingung möglich oder unmöglich ist. I) Ist die den Sponsalien beygefügte Bedingung **möglich**, so treten die Wirkungen bedingter Verträge ein, welche auch das canonische Recht bey den Verlöbnissen sanctionirt hat. So lange also die Existenz der Bedingung noch in der Ungewißheit schwebt, kann noch kein Theil gegen den andern auf Erfüllung des Eheversprechens klagen. Pendente conditione dies neque cedit neque venit [7]). Beyde Theile müssen also den entscheidenden Ausgang der Bedingung abwarten, und keiner von beyden darf sich pendente conditione mit einer andern Person verloben, noch sonst der künftigen Vollziehung der Ehe ein Hinderniß in den Weg legen [8]). Aus solchen bedingten Sponsalien entsteht jedoch vor dem Eintritt der Bedingung noch kein impedimentum publicae honestatis [9]). Bedingte Verlöbnisse werden nun zwar wegen des ungewissen Erfolgs sponsalia incerta [10]) genennt, daß sie indessen,

7) *L.* 213. *pr. D. de Verb. Signif.* S. den 4. Th. dieses **Commentars** §. 337.

8) *Cap.* 3. 5. *et* 6. *X. de condit. apposit.* S. CUJACIUS Comm. ad cap. 5. X. cit. und BOEHMER iur. eccles. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. 5. §. 5.

9) *Cap. un.* §. 1. *de sponsalib. et matrimon. in VIto.* Ille vero, qui sponsalia cum aliqua muliere sub conditione contraxit, si postmodum ante conditionis eventum cum alia, prioris consanguinea, per verba contraxerit *de praesenti*, cum secunda remanere debebit: cum ex sponsalibus conditionalibus ante conditionem exstantem, sicuti consensum non habentibus, et incertis, *nulla publicae honestatis iustitia oriatur.* S. RIEGGER Institut. iurispr. eccl. c. l. §. 13.

10) *Cap. un. cit.*

wenn die Bedingung an sich möglich ist, nicht ohne rechtliche Wirkungen sind, erhellet aus dem vorhin Gesagten. Wie stimmt nun aber damit überein, wenn es in Gratians Decrete[11]) heißt: Quod conditio interposita non valeat, ex Concilio Africano probatur? Die Worte des Africanischen Conciliums werden auch selbst beygefügt: *Quicunque sub conditionis nomine aliquam desponsaverit, et eam postea relinquere voluerit, dicimus, quod conditio frangatur, et desponsatio irrefragabiliter teneatur*[12]). Daß dieser Canon mit dem Worte palea bezeichnet ist, beweist zwar, daß er nicht vom Gratian herrührt, sondern erst in der Folge dem Decret ist beygefügt worden[13]); allein damit ist der Schwierigkeit nicht abgeholfen. Denn nicht zu gedenken, daß die paleae jetzt so gültig sind, wie die ächten Texte des Decrets, so ist ja jener Canon seinem wesentlichen Inhalte nach auch in die Decretalen[14]) aufgenommen worden. Nach diesen Texten sollte also eine Bedingung bey Sponsalien gar nicht gelten, sondern für nicht beygefügt gehalten werden, wie J. H. Böhmer[15]) die Worte: *quod conditio frangatur*, ganz richtig erklärt. Soviel ist gewiß, daß der angeführte Canon in keiner Sammlung der Africanischen Concilien-

11) *Can.* 7. *Caus. XXVII. Qu.* 2.

12) *Can.* 8. *Caus. XXVII. Qu.* 2.

13) S. meine Praecognita uberior. univ. iurispr. eccles. §. 27. In einer der ältesten Handschriften, welche die Erlanger Universitäts-Bibliothek von Gratians Decrete besitzt, findet sich der angeführte *can.* 7. nicht. S. meine praecognita §. 185. pag. 465.

14) *Cap.* 1. *X. de condition. apposit.*

15) Not. 65. ad Cap. 1. X. de condit. adpos.

Schlüsse gefunden wird, wie auch schon Berardi [16]) gezeigt hat. Derselbe sey nun aber geflossen, aus welcher Quelle er will; so kann ihm jetzt, soll er nicht mit den übrigen Texten des canonischen Rechts in offenbarem Widerspruche stehen, keine andere Deutung gegeben werden, als die, daß er nicht von Sponsalien, sondern von einer bedingten Ehe rede, wie auch Cujaz [17]) diesen Text versteht. Denn darin sind fast alle einverstanden, daß der Schließung einer Ehe keine Bedingung beygefügt werden könne. Keine suspensive, weil es widersprechend wäre, eine Ehe jetzt eingehen zu wollen, und doch den Consens noch von der Erfüllung einer Bedingung abhängig zu machen. Nach einer Verordnung des Pabsts Alexander III. sollen sogar bedingte Sponsalien, wenn auch die Bedingung nicht erfüllt worden, für unbedingt gehalten und nicht wieder aufgehoben werden, si consensus *de praesenti* intercedat [18]). Auch keine resolutive, weil die Aufhebung einer gültigen Ehe nicht in der Macht und Willkühr der Contrahenten steht [19]). Ist aber dem Verlöbniß eine Bedingung beyge-

16) Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti. Part. I. Cap. 15. pag. 172 sq.

17) Comm. ad cap. 1. X. de condit. apposit. Es erhellet dieses auch aus dem c. 6. C. XXVII. Qu. 2. Die unrichtigen Erklärungen anderer hat schon Gonzalez Tellez ad Cap. 1. widerlegt. In der Folge wird noch Gelegenheit seyn, die Erklärung einiger neuern Rechtsgelehrten zu prüfen. Das Verbannungsurtheil mit Pehem Praelect. in ius eccles. univ. P. II. §. 419. Not. über ihn zu sprechen, scheint mir zu gewagt zu seyn.

18) *Cap. 3. et 5. X. de condit. apposit.*

19) Cujacius ad cap. 1. et 3. X. de condit. appos. Gonzalez Tellez Comment. ad cap. 1 et 3. Tom. IV.

fügt, und sie existirt, so erhält nun dasselbe dadurch eine verbindliche Kraft, ohne daß eine neue Erklärung der Einwilligung dazu erfordert wird [20]. Denn das Verlöbniß wird jetzt so angesehen, als wäre es gleich anfangs unbedingt geschlossen worden [21]. Tritt aber die Bedingung nicht ein, so haben die Sponsalien keine weitere Wirkung wenn sie auch mit einem Eide wären bestärkt worden [22]. Jedoch kann derjenige, zu dessen Gunsten allein die Bedingung beygefügt ist, dieselbe erlassen. Von diesem Falle wollen Viele [23]) den oben angeführten, dem Africanischen Concilium zugeeigneten und durch das *Cap.* 1. X. *de condit. appos.* bestätigten Canon verstehen. Man glaubt

pag. 112. et 117. *Zeg. Bern. van* ESPEN Iur. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. XII. Cap. 4. §. 16. *Car. Sebast.* BERARDUS Comm. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. II. Cap. 1. pag. 33. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. can. §. 361. *Maur.* SCHENKL Institution. iuris eccles. P. II, §. 652. *Fr. Guil. Ant.* GAMBSJAEGER ius eccles. §. 218. pag. 455.

20) *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris can. §. 375.

21) Conditio existens retrotrahitur ad initium actus. *L.* 11. §. 1. *D. Qui potior. in pign.*

22) *Cap.* 3. X. *de condit. apposit.* Si vero aliquis sub huiusmodi verbis iuramentum alicui mulieri praestiterit: *ego te in uxorem accipiam, si tantum mihi donaveris;* reus periurii non habebitur, si eam, nolentem sibi solvere, quod iuramento sibi dari petiit, non acceperit in uxorem: nisi consensus de praesenti, aut carnalis sit inter eos commixtio subsecuta.

23) *J. H.* BOEHMER iur. eccles. Protestant. Tom. III. Lib. IV. Tit. 5. §. 4. *P. J. a* RIEGGER Institut. iurispr. eccles. P. IV. §. 13. *J. J. N.* PEHEM Praelection. in ius eccles. univ. P. II. §. 420.

nämlich, die Worte *et eam postea relinquere voluerit*, bezögen sich auf die beygefügte conditio. Die Redensart *relinquere conditionem*, bedeute also soviel, als remittere conditionem. Allein bleiben wir auch nur bey der Wortbedeutung stehen; so heißt zwar *relinquere* auch soviel als deserere [24]), welche Bedeutung unstreitig hier zum Grunde liegt; allein die Bedeutung von remittere, welche man hier unterschiebt, findet sich weder im Civilrecht noch im canonischen Rechte. Das Wort eam bezieht sich also wohl nicht auf conditionem, sondern auf das vorhergehende Wort *aliquam*, so daß also der Sinn dahin geht: Wer eine Person unter Beyfügung einer Bedingung geehelichet hat, und sie nachher, nämlich unter dem Vorwande, die Bedingung sey nicht eingetreten, wieder verlassen will, dem sagen wir, daß eine solche Bedingung nicht gelte, sondern die Ehe unverbrüchlich gehalten werden müsse. Daß dieses der wahre Sinn des angeführten Textes sey, erhellet auch aus *can 7. C. XXVII. Qu. 2.* Diese Stelle beweist klar, daß hier nicht von der Erlassung, sondern von der Gültigkeit der Bedingung die Rede sey. Der Satz selbst, daß derjenige, zu dessen Gunsten allein die Bedingung beygefügt ist, dieselbe erlassen könne, bleibt indessen unbestritten, denn er beruhet auf dem allgemeinen Grundsatze, daß es jedem erlaubt sey, sich seines Rechts zu begeben, dessen Ausübung blos von seiner Willkühr abhängt [25]). Man nimmt auch eine stillschweigende Erlassung der Bedingung an, welche aus dem noch vor dem Eintritt derselben

24) S. *Phil.* Vicat vocabular. iuris utriusque Tom. III. voc. *Relinquere.*

25) *L. 29. Cod. de pactis.* Brouwer de iure connubior. Lib. I. cap. 21. nr. 30.

hinzugekommenen Beyschlafe gefolgert wird [26]. Nach dem canonischen Rechte wird nämlich der Beyschlaf unter Verlobten als eine stillschweigende Erklärung des Eheconsenses angesehen, welche soviel gilt, als verba de praesenti [27]. Da also die Sponsalien hierdurch in eine Ehe übergiengen, so mußte natürlich die Bedingung verschwinden, weil dem Eheconsens keine Bedingung beygefügt werden konnte. Ob dieß auch nach dem neuern Rechte noch gelte, ist streitig. Einige [28] wollen dieses aus dem Grunde bezweifeln, weil nach dem neuern Kirchenrechte der bloße Beyschlaf unter Verlobten die Sponsalien so wenig, als der bloße consensus per verba de praesenti, in eine Ehe verwandelt. Der Grund eines matrimonii praesumti falle also weg. Allein die meisten Rechtsgelehrten [29] sind

26) *Cap.* 3. *et* 5. *X. de condit. apposit.* Boehmer iur. eccles. Protest. c. l. §. 6.

27) *Cap.* 6. *X. de condit. apposit.* Cum liquido constet, quod post contracta sponsalia, carnalis est inter eos copula subsequuta, pro matrimonio est vehementer praesumendum: *quia videtur a conditione apposita recessisse.* — *Cap.* 30. *X. de sponsalib.* Is, qui fidem dedit mulieri super matrimonio contrahendo, carnali copula subsequuta, etsi in facie ecclesiae ducat aliam et cognoscit, ad primam redire tenetur: quia licet *praesumtum primum matrimonium* videatur, contra praesumtionem tamen huiusmodi non est probatio admittenda.

28) Sanchez de matrimonio Lib. I. Disp. XXVI. nr. 12. und Brouwer c. l. nr. 31. pag. 221.

29) *Lud.* Engel collegium univ. iuris canon. Lib. IV. Tit. 5. Qu. VIII. nr. 19. *Jo.* Voet Comment. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 6. *Car. Christph.* Hofacker

darin einverstanden, daß durch den hinzugekommenen Beyschlaf zwar das bedingte Verlöbniß in ein unbedingtes, aber nicht in eine Ehe verwandelt werde. Man setzt indessen voraus, daß die Erlassung der Bedingung in der Gewalt der Verlobten stand [30]), und daß der Beyschlaf erfolgt seyn müsse, ehe noch das Verlöbniß durch die Nichtexistenz der Bedingung seine Gültigkeit verloren hatte [31]). Zuweilen kann auch die Bedingung für erfüllt gehalten werden, nämlich wenn der eine Verlobte die Erfüllung der Bedingung hinderte, zu welcher der andere bereit war [32]).

II) Ist die Bedingung eine unmögliche, so sind die unter einer solchen Bedingung geschlossenen Sponsalien nach dem Civilrechte nichtig, die Bedingung mag physisch oder moralisch unmöglich seyn. Dieß ist der Regel gemäß, welche das römische Recht bey allen Verträgen sanctionirt

Princip. iur. civ. Tom. I. §. 375. Wiese Handbuch des gemeinen in Deutschland üblichen Kirchenrechts. 2. Th. §. 270. a. E.

30) Voet cit. loc. und Schmalz Handbuch des canonischen Rechts. §. 286. Zwar ist in dem *cap.* 6. *X. de condit. apposit.* gerade von einem solchen Falle die Rede, wo die Bedingung nicht von der Willkühr der Verlobten abhing. Es war der Fall, wenn der Vater des Bräutigams einwilligen würde. Allein dieß bezieht sich darauf, daß die väterliche Einwilligung nach dem neuern Recht der Decretalen kein vernichtendes Ehehinderniß ist, wie der folgende §. lehren wird.

31) *Cap.* 6. *X. de condit. apposit.* Berardus Commentar. in ius eccles. univ. T. III. Diss. II. Cap. 1. p. 33. Boehmer iur. eccl. Protest. c. l. §. 6. in fin.

32) *L.* 85. §. 7. *D. de Verb. obligat.* *L.* 161. *D. de reg. iur.*

hat [33]). Nur wenn die Bedingung verneinend ausgedrückt ist, findet eine Ausnahme Statt. Denn ist eine physisch unmögliche Bedingung negativ, so wird sie für nicht beygefügt geachtet, und das Versprechen gilt als ein unbedingtes [34]). Ist aber eine moralisch unmögliche Bedingung verneinend ausgedrückt, so hat sie die Kraft einer resolutiven Bedingung, und vernichtet das Verlöbniß, wenn derselben entgegengehandelt wird [35]). Viele glauben jedoch, das römische Recht sey hier durch das canonische Recht abgeändert worden [36]). Nach diesem sey ein Unterschied zu machen, ob die Bedingung dem Wesen der Ehe widerstreite, oder nicht. Im ersten Falle mache sie das Verlöbniß nichtig, in dem andern aber werde sie für nicht beygefügt geachtet. Alles kömmt hier auf den richtigen Sinn der Verordnung des Pabsts Gregor IX. an, welche in dem *cap. ult.* X. *de condit. apposit.* folgendermaßen lautet: Si conditiones *contra substantiam conjugii* inserantur, puta, si alter dicat alteri: contraho tecum, *si generationem prolis evites*, vel *donec inveniam aliam*,

33) *L.* 31. *D. de obligat. et action.* Voet Comm. ad Pand. c. l. §. 8. und *Jac. Frid.* Ludovici Diss. de conditionibus sponsaliorum impossibilibus. *Halae* 1701. *rec.* 1741.

34) §. 11. *in fin. I. de inutilib. stipulat.* *L.* 7. *D. de verbor. obligat.*

35) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 338. S. 507. ff.

36) Sanchez de matrim. Lib. V. Disp. XVII. n. 2. Carpzov Iurisprud. consistor. Lib. II. Def. 23. Voet Comm. ad Pand. c. l. §. 8. Werner Diss. de sponsalib. sub conditione contract. Sect. II. §. 10. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. P. II. h. t. §. 16 et 38. Wiese Handbuch des Kirchenrechts. 2. Th. §. 270.

honore vel facultatibus digniorem, aut, *si pro quaestu adulterandam te tradas;* matrimonialis contractus quantumcunque sit favorabilis, caret effectu: licet aliae conditiones appositae *in matrimonio*, si turpes aut impossibiles fuerint, debeant *propter eius favorem* pro non adjectis haberi. Fast jedes Wort beweist hier, daß nicht von Sponsalien, sondern von einer Ehe die Rede sey, welcher bey deren Eingehung eine unmögliche Bedingung ist beygefügt worden. Ein solcher Fall ließ sich auch wohl nach dem Rechte der Decretalen leicht gedenken, weil zur Eingehung einer Ehe die bloßen verba de praesenti unter vier Augen genügten [37]. Da nun eine Ehe nach der Natur eines consensus de praesenti keine Bedingung, selbst keine mögliche, zuließ, so mußte um so mehr eine unmögliche Bedingung entweder den Ehecontract gleich anfangs nichtig machen, oder für nicht beygefügt gehalten werden. Zu dem Ende unterscheidet der Pabst, ob die unmögliche Bedingung contra substantiam matrimonii streitet, oder nicht. Für den ersten Fall werden drey Beyspiele angeführt, nämlich wenn die Bedingung dem Zweck der Kinderzeugung, oder der ehelichen Treue, oder der Eigenschaft des Sacraments der Ehe entgegen streitet. Hier soll der Ehevertrag wirkungslos seyn. Daß aber in dem letzten Falle die beygefügte Bedingung für nicht beygefügt gehalten wird, geschieht aus einer besondern Begünstigung der Ehe [38]. Eine solche Begünstigung

37) Heut zu Tage würde bey der durch das neuere Kirchenrecht veränderten Form der Ehe von dem cap. ult. cit. ohnehin kein Gebrauch zu machen seyn. S. Aug. Lud. Schott's Einleitung in das Eherecht. §. 92. Not **. und Gambsjaeger ius eccles. §. 218. pag. 435.

38) *Cap. ult. X. de sentent. et re iudic.*

genießen Sponsalien in dem canonischen Rechte nicht[39]. Es kann daher jene Verordnung auf sie mit Recht nicht ausgedehnt werden[40]. Es bleibt vielmehr dabey, was auch die meisten sowohl Katholiken als Protestanten behaupten, Sponsalien, welche unter einer unmöglichen Bedingung sind eingegangen worden, sind nichtig, und verbinden nicht, wenn auch die Bedingung von dem andern Theile wäre erfüllt worden[41]. Daß die Bedingung einer auszuwirkenden Dispensation für keine unmögliche zu halten sey, wenn das der Schließung der Ehe entgegenstehende Hinderniß ein solches ist, welches eine Dispensation zuläßt, darin sind alle einverstanden[42]. Auch ist die Bedingung, daß die Kinder in einer gewissen, versteht sich, christlichen, Religion erzogen werden sollen, keine moralisch unmögliche[43]. Ob aber auch die Bedingung der Religionsände-

39) *Cap.* 26 *et* 44. X. *de testib. Cap.* 6. X. *de probat.*

40) Man vergleiche Boehmer iur. eccl. Protest. c. l. §. 8 — 11. Berardus Comment. in ius eccles. univ. T. III. Diss. II. Cap. 1. pag. 36. Engel colleg. iuris can. Lib. IV. Tit. 5. Qu. V nr. 15. Riegger Institut. iurispr. eccles. P. IV. §. 14. *Ant.* Schmidt Institution. iuris eccles. German. Tom. II. §. 75. Not. *. Thibaut Syst. des Pandectenrechts 1. B. §. 413.

41) Ludovici Diss. cit. §. 39. Pehem Praelect. in ius eccles. univ. P. II. §. 421. Schott Eherecht §. 153. Hofacker Princip. iuris civ. Tom. I. §. 387. Schnaubert Grundsätze des Kirchenrechts der Protest. und Katholiken in Deutschland §. 224. u. 225. *G. L.* Boehmer Princip. iur. canon. §. 374.

42) Gambsjaeger Ius eccles. §. 207. S. 409. Pehem c. l. §. 422. Riegger. c. l. §. 15.

43) Gambsjaeger c. l. §. 218. pag. 436 — 438.

rung von dieser Art sey, ist streitig. Gewöhnlich ist der Fall der, wenn der andere Theil zur katholischen Kirche übertreten werde. Und hier behaupten selbst katholische Kirchenrechtslehrer [44]), daß eine solche Bedingung weder den Gesetzen noch der Gewissensfreiheit zuwider sey. Eben dieser Meinung sind auch mehrere protestantische Rechtsgelehrten [45]). Allein bey weitem die mehresten behaupten das Gegentheil [46]). Gewöhnlich pflegt man diese Streitfrage erst bey den bedingten letzten Willensverordnungen zur Sprache zu bringen, wo sie auch wohl häufiger vorkommen mag. Erwägt man hingegen unbefangen, was ein berühm-

44) *Ant.* Schmidt Institut. iuris eccles. Tom. II. §. 86. *P. J. a* Riegger Institution. iurisprud. eccles. P. IV. §. 45. nr. 2. pag. 31. *Jos. Jo. Nep.* Pehem Praelection. in ius eccles. univ. P. II. §. 439. *Maur.* Schenkl Institution. iuris eccles. P. II. §. 652. Not. *. pag. 783. (edit. *Ingolstad.* 1791.)

45) Ludovici Diss. cit. de conditionib. sponsalior. impossibil. §. 34. Just. Carl Wiesenhabern Grundsätze des Kirchen-Staatsrechts der Protestirenden in Deutschland. Th. 2. Kap. 4. Abschn. 3. §. 3. Not. *****. Joh. Christ. Majer teutsches geistliches Staatsrecht. 1. Th. §. 25. Nr. 1. S. 54. Salchow Magazin für positive Jurisprud. 1. B. 1 St. S. 65. ff. Thibaut System. 2. Th. §. 803.

46) *J. H.* Boehmer Diss. praelim. de iure circa libertatem conscientiae. §. 49. als Vorrede zum 2. Tom. des iuris eccles. Prot. Schnaubert's Kirchenrecht §. 4. Hagemann und Günthers Archiv für die Rechtsgelehrs. 3. Th. Nr. 8. Weber's Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. S. 245. f. Gambsjaeger Progr. de conditione seu affirmativa, seu negativa mutandae religionis. *Heidelb.* 1812. u. a. m.

ter katholischer Kirchenrechts-Lehrer[47]) sagt: Conditio seu pactio adjecta; *ut pars altera ad catholicam religionem transeat*, sane non magis, quam reservatum ecclesiasticum, libertati conscientiae repugnat; quum alteri integrum sit jungere, aut recusare matrimonium. Neque item hac conditione ad eam, quam falsam credit, religionem amplectendam quis cogitur: sed invitatur duntaxat, ut in catholicae religionis veritatem inquirat, eamque, postquam de eiusdem veritate fuerit persuasus, demum amplectatur; so läßt sich wohl mit Grund dagegen nichts einwenden.

§. 1196.

Elterliche Einwilligung.

Zur Schließung eines gültigen Eheverlöbnisses wird zuweilen auch noch die Einwilligung anderer Personen, ausser den sich Verlobenden, erfordert. Dahin gehört

I) Die Einwilligung der Eltern. Hiervon ist zwar schon oben (§. 1192.) Verschiedenes vorgekommen; allein hier muß davon ausführlicher gehandelt werden. Man muß in dieser Lehre das Römische, Canonische, und deutsche Recht unterscheiden, welche hier merklich von einander abweichen[48]). In Ansehung der Nothwendigkeit stimmen sie

47) Schenkl c. l. pag. 783.

48) Brouwer de iure connubior. Lib. I. cap. 7 — 10. hat davon zwar ausführlich gehandelt, doch ist damit noch vorzüglich *Ge. Lud.* Boehmer Diss. de necessario parentum consensu in nuptiis liberorum. *Halae* 1740. und in *Elect. iuris civ.* Tom. I. Exerc. XVI. zu vergleichen. Außer den bereits oben (S. 424. f.) ange-

zwar alle überein, aber nicht in Absicht auf die Wirkung der vernachläßigten elterlichen Einwilligung. Soviel also

1) die Grundsätze des römischen Rechts anbetrifft, so ist nach denselben in der Regel nur die Einwilligung des Vaters nöthig, in dessen Gewalt sich die Kinder befinden, welche sich verheyrathen wollen. Merkwürdig ist hier die Stelle in den Institutionen: Justas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coeunt, — sive patres familiarum sint, sive filiifamiliarum: dum tamen si *filiifamiliarum* sint, *consensum* habeant *parentum*, quorum *in potestate* sunt. Nam hoc fieri debere, et *civilis* et *naturalis ratio* suadet: in tantum, *ut iussus parentis praecedere debeat.* Warum hier blos der Söhne gedacht wird, hat wohl seinen Grund darin, weil die Verheyrathung der Töchter fast allein von der Willkühr und

führten Schriften, gehören noch folgende hieher. *Franc. Xav.* Zech Diss. de sponsalibus academicorum absque parentum consensu contractis. *Ingolst.* 1757. (in *Ant.* Schmidt Thes. iur. eccles. Tom. VI. Nr. XV. pag. 551. sqq.) *Franc. Mar.* Muscettula Diss. de sponsalibus et matrimoniis, quae a filiisfam. contrahuntur, parentibus insciis vel iuste invitis. *Romae* 1766. rec. *Braxellis* 1771. 8. *Jo. Jos.* Trottmann Diss. de eo, quod iustum est circa consensum parentum in sponsalibus filiorum filiarumque familias adhibendum. *Pragae* 1776. *Jo. Nepom.* Pehem Disquisit. hist. iurid. de consensu parentum in nuptiis filiorum filiarumque familias. *Oeniponti* 1777. Leop. Xav. Löw Abhandlung von der Einwilligung der Eltern in die Ehen ihrer Kinder. Wien 1785. u. Joh. Gottl. Hennig über die Befugnisse der Eltern bey den Verheyrathungen ihrer Kinder. Wittenb. u. Zerbst 1791.

dem Befehle des Vaters abhieng. Diesem mußte sich die Tochter ohne Widerrede unterwerfen, wenn der ihr vom Vater gewählte Ehegatte nur sonst eine anständige Person war. Hierin hat auch selbst das neuere R. Recht nichts abgeändert[49]. Der Sohn hingegen bedurfte nur zur eignen Wahl einer Gattin des Vaters Einwilligung[50]. Diese mußte aber dem Eheversprechen vorausgehen, und hieß daher iussus. Hierin unterschied sich der iussus von einer bloßen Einwilligung[51]. Denn diese konnte auch noch nach abgeschlossenem Geschäft erfolgen; und konnte auch eine stillschweigende seyn. Eine solche wurde bey dem Eheversprechen einer Tochter angenommen, wenn der Vater nicht ausdrücklich seine Mißbilligung zu erkennen gab[52]. Es geht daher nur auf Söhne, wenn Justinian sagt: ut

49) *L. 4. C. de sponsal. L. 20. Cod. de nupt.* S. oben §. 1193. S. 429. und *Tob. Jac.* Reinharth Diss. de arbitrio patris et iure matris in nuptias filiarum. *Erfordiae* 1732. §. 16.

50) *L. 12. Cod. de nupt.* Impp. Diocletianus et Maximian. Nec filium quidem familias invitum ad uxorem ducendam cogi, legum disciplina permittit. Igitur sicut desideras, observatis iuris praeceptis sociare coniugio tuo, *quam volueris*, *non* impedieris: *ita tamen, ut contrahendis nuptiis patris tui consensus accedat.*

51) *L. 25. §. 4. D. de acquir. vel omitt. hered. Iussum* eius, qui *in potestate* habet, non est simile tutoris auctoritati, quae interponitur perfecto negotio: *sed praecedere debet.* S. *Jo. Pet. a* Ludewig Diss. de connubiali imperio consensuque parentum. *Halae* 1721. Diff. II. Cap. I. pag. 20.

52) *L. 7. §. 1. D. h. t. L. 25. Cod. de nupt.*

iussus parentis *praecedere* debeat. Wenn nun Justinian weiter sagt, daß sowohl Gründe des bürgerlichen als des natürlichen Rechts die Nothwendigkeit der väterlichen Einwilligung bey der Verheyrathung der Familiensöhne erheischten; so beruhen 1) die Gründe des Civilrechts a) in der Natur der römischen väterlichen Gewalt, welche mit einem häuslichen Imperium verbunden war, vermöge dessen der Vater, als Haupt und Beherrscher der Familie, die Handlungen der Familienglieder besonders in solchen Geschäften nach seinem Willen zu leiten befugt war, welche, wie die Ehen der Kinder, auf die Familienrechte den wichtigsten Einfluß hatten. Denn b) der Sohn, welcher durch seine Verheyrathung nicht aus der väterlichen Gewalt befreiet wurde, führte durch die Ehe eine fremde Person in die Familie seines Vaters ein, und die mit derselben erzeugten Kinder wurden künftig sui heredes vom Vater, wenn der verheyrathete Sohn vor dem Vater starb, weil die von dem Sohne gezeugten Enkel in der Gewalt des Großvaters waren [53]. Wie konnte ihm aber wider seinem Willen ein suus heres aufgedrungen werden [54]? 2) Die Gründe des natürlichen Rechts beruhen in den Pflichten der Ehrfurcht, des kindlichen Gehorsams, und der Dankbarkeit, welche Kinder ihren Eltern für die Sorge und Last der Erziehung schuldig sind. Diese fordern sie auf, eine solche Verbindung, welche auf das Glück und die Zufriedenheit des Lebens einen so entscheidenden Einfluß hat, nicht ohne Einwilligung und Rath ihrer Eltern einzuge-

53) §. 3. *I. de patr. potest.*

54) §. 2. *I. de hered. qualit. et diff.* *L.* 12. §. 3. *D. de captivis.*

hen [55]). Die Gründe des Civilrechts scheinen indessen die römischen Gesetzgeber nur hauptsächlich bey den Ehen der Söhne berücksichtiget zu haben [56]). Es erhellet dieses schon daraus, weil die Emancipation des Sohns die Nothwendigkeit der väterlichen Einwilligung aufhob. Filius *emancipatus*, sagt Modestin [57]), etiam *sine consensu patris*, uxorem ducere potest, et susceptus filius ei heres erit. Hieraus erklärt sich denn auch weiter, warum bey der Verheyrathung der Söhne der iussus patris vorausgehen mußte, bey der Heyrath der Tochter aber für hinreichend gehalten wurde, wenn nur der Vater nicht ausdrücklich widersprach [58]). Bey den Ehen der Töchter schien man die Gründe des natürlichen Rechts darum mehr beachtet zu haben, weil bey ihnen besonders die Schwäche des Geschlechts in Betrachtung kam [59]). Denn von der Agnation eines suus heres hatte hier der Vater nichts zu besorgen, weil die verheyrathete Tochter in des Mannes Familie übergieng. Nur ihrem Ehemanne, oder demjenigen, in dessen Gewalt sich dieser noch befand, nicht ihrem Vater,

55) *L. 2. D. de Inst. et iure. L. 6. D. de in ias voc. L. 1. L. 10. D. de obsequiis parentibus praestand.* Man sehe über die angeführten Gründe *Janus a* Costa und *Ev.* Otto Commentar. ad Pr. I. de nuptiis.

56) S. *Ant.* Contius Lection. subsecivar. iuris civ. Lib. I. cap. 4. Oper. a *Merillio* editor. pag. 14. sq.

57) *L. 25. D. de ritu nuptiar.*

58) Man sehe über diesen Unterschied *Em.* Merillius Comment. ad pr. I. de nupt. pag. 48. (edit. *Trotz* Trajecti ad Rhen. 1739. 4.) *Franc.* Broeus Exposition. in Iustin. Institut. Lib. I. Tit. 10. §. *Unde quaesitum.* nr. 1. und *Jan. a* Costa Comm. ad pr. I. de nupt.

59) S. Contius c. l. pag. 15.

gebahr sie Kinder. Daher sagt Ulpian[60]) ganz recht: Mulier familiae suae finis est; und Gajus[61]) bezeichnet diese Folge noch bestimmter in den Worten: Foeminarum liberos in familia earum non esse, palam est: quia, qui nascuntur, patris, non matris, familiam sequuntur. Auch wurde durch die Ehe der Tochter nicht einmal die väterliche Gewalt aufgehoben, nachdem die conventio in manum mariti ausser Gebrauch gekommen war[62]). Daß man bey der Ehe der Töchter die Gründe des Civilrechts fast ganz bey Seite setzte, erhellet noch mehr daraus, weil auch die emancipirte Tochter, solang sie noch minderjährig war, sich ohne des Vaters Einwilligung nicht verheyrathen durfte, nur mit dem Unterschiede, daß es hier zugleich auf ihre eigne Einwilligung ankam, da hingegen über die Ehe der Tochter während der väterlichen Gewalt der Vater allein entschied[63]). Wenn der Vater nicht mehr lebte, so kam es

60) *L.* 195. §. 5. *D. de verbor. signif.*

61) *L.* 196. §. 1. *D. eodem.*

62) S. den 2ten Th. dieses Commentars §. 156. S. 398. f.

63) *L.* 20. *C. de nupt.* Impp. Honorius et Theodosius AA. ad Theodorum P. P. In coniunctione filiarum in sacris positarum patris exspectetur arbitrium. Sed si *sui iuris* puella sit, intra quintum et vicesimum annum constituta, *ipsius quoque adsensus* exploretur. In den Basiliken Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 4. Const. 35. pag. 249. heißt es: Ἐὰν αὐτεξουσία ἐστὶν ἡ ἀφῆλιξ, οὐ μόνον τῇ βουλήσει τοῦ πατρὸς πιστέυομεν, ἀλλά καὶ τὴν αὐτῆς τῆς κόρης ἐπιζητοῦμεν προαίρεσιν. d. h. nach Fabrot: *Si puella minor aetate sui iuris sit*, *non solum voluntati patris nuptias committimus*, *sed ipsius quoque puellae requirimus voluntatem.*

auf die Beystimmung der Mutter und Verwandten neben der Wahl der Tochter an[64]. Sogar noch als Wittwe durfte die Tochter, auch wenn sie emancipirt, aber noch unter 25 Jahren war, nicht willkührlich zur zweyten Ehe schreiten, sondern lebte der Vater noch, so war auch desselben Einwilligung nöthig[65]; war dieser aber nicht mehr am Leben, so mußten die nächsten Verwandten um ihren Rath befragt werden, zu welchen denn auch wohl unstreitig die Mutter gehörte, wenn sie noch lebte[66]. Traf die

64) *L.* 20. *cit.* Si patris auxilio destituta, *matris* et *propinquorum*, et ipsius quoque requiratur *adultae iudicium.*

65) *L.* 18. *Cod. de nupt.* Impp. Valentin. Valens et Gratian. AAA. ad Senatum. Viduae intra quintum et vicesimum annum degentes, *etiamsi emancipationis libertate gaudent*, tamen in secundas nuptias *sine patris sententia* non conveniant. So wie diese Constitution in dem Theodosianischen Codex Lib. III. Tit. 7. Const. 1. lautet, gieng sie nur auf solche Wittwen, welche aus dem Stande der Senatoren waren, und ihr Zweck war, Mißheyrathen, welche durch Machinationen und Kuppeleyen leicht möglich waren, und ihrem Stande zur Schande gereichten, zu entfernen. S. *Jac.* Gothofredus Commentar. ad L. 1. Cod. Theod. de nupt. Tom. I. pag. 318. edit. *Ritter.* In dem Justinianeischen Codex ist jedoch alles, was sich auf den Stand bezog, weggelassen worden. Die Constitution sollte nun, nach der Absicht des Kaisers Justinian, auf alle Wittwen, ohne Unterschied des Standes, angewendet werden.

65) Denn bey der ehelichen Versorgung einer Tochter, welche noch unverheyrathet war, wird der Mutter ausdrücklich gedacht. *L.* 1. *C. de nupt.* Impp. Severus et

Wittwe mit der Meinung der Verwandten, sey es auch selbst mit der des Vaters, nicht zusammen, so soll dann der Richter entscheiden, jedoch so, daß bey mehreren gleich annehmbaren Partien der Wittwe die Wahl gelassen werden solle [67]). Wären etwa die nächsten Verwandten

Antoninus AA. Portio. Cum de nuptiis puellae quaeritur, nec inter tutorem et *matrem* et propinquos de eligendo futuro marito convenit: arbitrium Praesidis provinciae necessarium est. Diese Constitution wird auch in der *L.* 18. selbst erwähnt.

67) Wenn es in der *L.* 18. *cit.* weiter heißt: Quod si in conventionis delectu mulieris voluntas *patris* repugnat sententiae, et *propinquorum*: placet admodum, ut in virginum coniunctionibus sancitum est, habendo examini auctoritatem quoque iudiciariae cognitionis adiungi: ut, si pares sint genere ac moribus competitores, is potior existimetur, quem sibi consulens mulier approbaverit; so macht zuerst das Wort *patris* viel Schwierigkeit. Denn es fehlt 1) im Theodos. Codex, in welchem die Worte so lauten: Quod si in conditionis delectu mulieris voluntas certat *sententiae propinquorum*. 2) Auch der alte westgothische Ausleger hat das Wort *patris* nicht, sondern bemerkt vielmehr, daß hier von dem Falle die Rede sey, wenn der Vater nicht mehr am Leben ist. Eben so 3) die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 4. Const. 34. pag. 248. welche unsere Constitution auf folgende Art in ihrer Sprache darstellen: Η ἐλάττων τῶν ἔικοσι πέντε ἐτῶν αὐτεξουσία, μέλλουσας δευτερογαμεῖν, γνώμῃ τοῦ πατρὸς γαμείσθω. εἰ δὲ ετελέυτησε ὁ πατὴρ γνώμῃ τῶν συγγενῶν. d. h. *Puella minor annis viginti quinque, et sui iuris constituta, iterum nuptura, ex sententia patris nubat. Quod si pater decesserit, ex sententia propinquorum.* Cujaz Observation.

verdächtig, daß sie, um sich die künftige Erbschaft zu sichern, auch selbst in eine anständige Heyrath nicht einwil-

Lib. III. cap. 5. will daher *matris* statt patris lesen. Aber auch damit ist der Schwierigkeit nicht abgeholfen, denn auch der Mutter wird überall nicht gedacht, wie schon *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. Lib. XXIII. Tit. 2. §. *Sic in filiofam.* Tom. II. Opp. pag. 488., gegen Cujaz erinnert hat. Charondas will daher die Leseart des Theodos. Codex vorziehen, und die Stelle blos von dem Falle verstehen, da der Vater nicht mehr am Leben ist. Allein er bedachte nicht, was Justinian §. 3. seiner Constitution *de Iustinianeo codice confirmando* verordnet hat. Ich halte die Leseart, so wie sie jetzt in dem röm. Gesetzbuche lautet, für ächt justinianeisch. Denn man erwäge, daß hier von einer emancipirten Tochter die Rede ist. Dieser war nicht so, wie der Tochter in väterlicher Gewalt, alle Selbstwahl bey ihrer Verheyrathung entzogen. Sie konnte also über die Wahl unter mehreren Freyern mit ihrem Vater so gut, wie mit den übrigen Verwandten, wenn der Vater nicht mehr lebte, uneins seyn. Auch im ersten Falle war ihr erlaubt, ein Wort mit sprechen zu dürfen, und auch hier muß ihre Wahl, selbst wenn die Sache an den Richter gebracht wird, bey mehreren gleich vortheilhaften Partien, den Ausschlag geben. So wird der Fall, wenn der Vater nicht mehr am Leben ist, nicht ausgeschlossen, und so kann denn auch wohl unter den *Propinquis* die Mutter mit verstanden werden, welche ohnehin immer mit ihnen in Verbindung gesetzt wird, wie *L.* 1. *et L.* 20. *C. de nupt.* geschieht. Für die Beybehaltung der Leseart patris, ließe sich denn auch noch ein Grund aus den Scholien der Basiliken hernehmen, in welchen es Tom. IV. pag. 277. lit. z. heißt: *Ωστε κοινῃ γνωμῃ, καὶ τόν πατέρα καὶ ἀυτήν συναινεῖν εἰς τὸν γάμον. μᾶλλον οὖν καὶ ἡ ἰή-*

ligen wollten, so sollen die entfernteren entscheiden, die wegen der künftigen Erbfolge ganz unpartheyisch sind [68].

Die große Verschiedenheit zwischen Söhnen und Töchtern veranlaßte ferner die Streitfrage, wie es bey deren Verheyrathung in dem Falle zu halten sey, da der Vater in Raserey verfallen ist. Justinian gedenkt dieser Streitfrage in dem *Pr. I. de nupt.* und entschied sie in einer von seinen funfzig Decisionen [69]. Bey der Tochter war man zwar weniger im Zweifel, als bey dem Sohne, weil bey jener nicht so, wie bey diesem, eine ausdrückliche Einwilligung nöthig war. Man konnte also hier um so mehr die väterliche Einwilligung annehmen, weil der Vater

διατ. κατὰ ταύτην ὀφείλει νοεισθαι. d. i. *Ut communi sententia et patrem et ipsam* (sc. filiam) *consentire oporteat matrimonio. Itaque decima octava constitutio debet potius secundum hanc intelligi.*

68) Hierher gehören die letztern Worte der *L.* 18. *C. de nupt.* Sed ne forte hi, qui gradu proximo ad viduarum successionem vocantur, etiam honestas nuptias impediant, si huius rei suspicio praecesserit, eorum volumus auctoritatem iudiciumque succedere, ad quos, etiamsi fatalis mors intercesserit, tamen hereditatis commodum pervenire non possit.

69) Diese Constitution findet sich an zwey Orten im Codex *L.* 28. *C. de episcop. audientia* und *L.* 25. *Cod. de nupt.* Letztere ist jedoch vollständiger, da erstere nur einen kürzern Auszug enthält. Ueber die letztere haben vorzüglich commentirt *Em.* Merillius Exposition. in L. Decision. Iustiniani. Nr. XX. *Oper.* P. II. p. 57. sqq. (wörtlich auch in *Jo. Jac.* Oppenritter Decision. imperator. Syntagm. *Viennae* 1735. 4. pag. 337. sqq. abgedruckt) und *Franc.* Raguellus Commentar. ad Constitution. et Decision. Iustin. pag. 291. sqq.

wegen des Wahnsinnes nicht widersprechen konnte[70]). Es waren sogar schon vor Justinian einige ältere Rechtsgelehrten der Meinung, daß wegen der Unmöglichkeit, eine ausdrückliche väterliche Einwilligung zu erhalten, dem Sohne eines rasenden Vaters eben so gut erlaubt seyn müsse, sich zu verheyrathen, als wenn der Vater in feindliche Gefangenschaft gerathen wäre. Es sey also hier zwischen dem Sohn und der Tochter kein Unterschied zu machen. Dieß scheint des Paulus Meinung gewesen zu seyn[71]). Justinian nennt in seiner Decision[72]) auch den Ulpian, welcher desfalls eine Verordnung des Kaisers Marcus angeführt habe. Allein da diese Constitution nicht namentlich von einem patre furioso, sondern nur von den Söhnen und Töchtern eines mente capti sprach, und diesen zu heyrathen erlaubte, ohne sich an den Landesherrn wenden zu dürfen; so entstand hier ein neuer Zweifel, ob sie auch auf einen furiosum Anwendung finde. Denn man machte einen Unterschied zwischen einem mente captus und einem furiosus, wie ich auch schon an einem andern Orte[73]) bemerkt habe. Da nun ein furiosus dilucida intervalla hat, so behaupteten einige, daß die Söhne eines parentis furiosi den Eintritt eines solchen lichten Zwischenraums oder die Herstellung der Vernunft des Vaters abwarten müßten. Diesen Streit entschied nun Justinian, und erlaubte auch den Kindern eines patris furiosi, ohne Un-

70) Nam ubi non potest per dementiam contradicere, consentire quis eum merito credet, sagt Julianus *L. 2. §. 2. D. Soluto matrimonio.*

71) *L. 8. D. de pactis dotalib.*

72) *L. 25. C. de nupt.*

73) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 117. b. S. 130.

terschied, den Söhnen, wie den Töchtern, eine legitime Ehe einzugehen, jedoch sollte die Obrigkeit des Orts, entweder die weltliche, nämlich in Rom der praefectus urbi, in den Provinzen aber der Präses, oder die geistliche, nämlich der Bischof, nebst den Curatoren des wahnsinnigen Vaters, und die vornehmsten Anverwandten zu Rathe gezogen werden, und diese sollten, wenn sie die Ehe für anständig hielten, den väterlichen Consens ergänzen, und auch das Heyrathsgut der Tochter, und die donatio propter nuptias bey der Ehe des Sohns bestimmen. His itaque dubitatis, tales ambiguitates decidentes, sancimus, sagt Justinian[74]), hic repleri, quod divi *Marci* constitutioni deesse videtur, ut non solum dementis, sed etiam furiosi liberi cuiuscunqne sexus possint legitimas contrahere nuptias, tam dote, quam ante nuptias donatione a curatore eorum praestanda, aestimatione tamen in hac regia urbe excellentissimi Praefecti urbis, in provinciis autem virorum clarissimorum earum Praesidum, vel locorum Antistitum, tam opinione personae, quam moderatione dotis et ante nuptias donationis constituenda, praesentibus tam curatoribus dementis vel furiosi, quam his, qui ex genere eorum nobiliores sunt.

Eine andere Frage war, wie es in Ansehung der väterlichen Einwilligung in dem Falle zu halten sey, wenn der Vater abwesend ist, und man seinen Aufenthaltsort nicht weiß, oder sich in feindlicher Gefangenschaft befindet? Wegen des letztern Falles war man zwar weniger im Zweifel, weil

74) *L. cit.* 25. *Cod. de nupt.*

hier der Vater nicht dissentiren konnte[75]. Doch nahm man für beyde Fälle den Grundsatz an, daß die Kinder drey Jahre auf die Zurückkunft ihres Vaters warten sollten, und erst nach deren Ablauf ohne Consens desselben sollten heyrathen dürfen[76]. Ob publicam nuptiarum utilitatem nahm man indessen den Fall aus, wenn der Heyrathsantrag so beschaffen ist, daß der Vater, wäre er auch gegenwärtig, vernünftig nichts dagegen einzuwenden haben würde[77].

75) *L.* 12. §. 3. *D. de captivis et de postliminio*, wo Tryphonin sagt: Medio tempore filius, quem habuit in potestate captivus, uxorem ducere potest: quamvis consentire nuptiis pater eius non posset: *nam utique nec dissentire.* Susceptus ergo nepos *in reversi captivi potestate*, ut redierit, erit, *suusque heres ei quodammodo invito*, cum nuptiis consenserit: non mirum, quia illius temporis conditio necessitasque faciebat, et publica nuptiarum utilitas exigebat.

76) *L.* 9. §. 1. *et L.* 10. *D. de ritu nuptiar.* In der ersten Stelle sagt Ulpian: Is, cuius pater ab hostibus captus est, si non *intra triennium* revertatur, uxorem ducere potest. In der andern aber Paulus: Si ita pater absit, ut ignoretur, ubi sit, et an sit, quid faciendum est, merito dubitatur? Et si *triennium* effluxerit, postquam apertissime fuerit pater ignotus, ubi degit, et an superstes sit, non prohibentur liberi eius utriusque sexus matrimonium vel nuptias legitimas contrahere.

77) *L.* 11. *D. eodem.* IULIANUS *lib. LXII. Digestor.* Si filius eius, qui apud hostes est, vel absit, *ante triennium* captivitatis vel absentiae patris uxorem duxit; vel si filia nupserit: puto recte matrimonium vel nuptias contrahi: dummodo eam filius ducat uxorem,

Die Folge der vernachläßigten väterlichen Einwilligung ist nun in den Fällen, wo sie erforderlich war, nach dem röm. Rechte absolute Nichtigkeit nicht nur der Sponsalien, sondern auch der wirklich erfolgten Ehe. Daß die Worte des §. 12. *I. de nuptiis:* Si adversus ea, quae diximus, aliqui coierint: nec vir, nec uxor, nec nuptiae, nec matrimonium nec dos intelligitur. Itaque ii, qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt, sed tales sunt, quantum ad patriam potestatem pertinet, quales sunt ii, quos mater vulgo concepit; nicht blos auf incestuose Ehen, sondern auch solche gehen, welche von Kindern, die noch unter der väterlichen Gewalt stehen, ohne des Vaters Einwilligung sind eingegangen worden, ist keinem Zweifel unterworfen, und auch schon von Everhard Otto[78]) sehr

vel filia tali nubat, cuius conditionem certum sit patrem non repudiaturum. Die in den angeführten Stellen angegebene Zeitbestimmung soll nach der Meinung des CUJACIUS in Comment. in libr. XXXV. Pauli ad Edictum, ad L. 10. D. de R. N. (*Oper.* a *Fabroto* editor. T. II. p. 577.) und in Comm. ad Libr. LXII. Digestor. Salvii Iuliani ad L. 11. D. de R. N. (*Oper.* T. III. pag. 444.) und *Ant.* FABER in iurisprud. Papinian. Tit. IX. Pr. IV. Illat. 5. pag. 428. sq. ein Tribonianismus seyn, weil sie weder *L.* 8. *D. de pact. dotalib.* noch *L.* 12. §. 3. *D. de captivis* erwähnt wird. Allein *Corn. van* BYNKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. VII. cap. 24. hat diese Meinung hinlänglich widerlegt.

78) Commentar. ad §. 12. I. de nupt. nr. 3. S. auch BROUWER Lib. I. cap. 7. nr. 19. pag. 64. Theophilus in seiner griech. Paraphrase §. 12. erwähnt zwar nur der verbotenen Ehen unter Verwandten; allein die

richtig bemerkt worden. Es fehlt aber auch an deutlichen Stellen des röm. Rechts nicht, welche die ohne väterliche Einwilligung eingegangenen Ehen für nichtig erklären. *Nuptiae consistere non possunt*, sagt Paulus[79]), nisi consentiant omnes: id est, qui coëunt, *quorumque in potestate sunt.* Diese Folge der Nichtigkeit tritt ein, wenn auch der Sohn Soldat ist, wie Papinian[80]) lehrt: Filiusfamilias miles matrimonium sine patris voluntate non contrahit. Sogar eine mit väterlicher Einwilligung geschlossene Ehe, wenn sie wieder war getrennt worden, konnte nicht einmal ohne väterliche Einwilligung unter denselben Personen wieder erneuert werden. Nuptiae inter easdem personas, *nisi volentibus parentibus renovatae*, sagt Julian in seinen Digesten[81]), *iustae non habentur;* und eben so rescribirte auch Kr. Gordian[82]): Si, ut proponis, post querelam de marito a filia tua ad te delatam, dissolutum est matrimonium, nec te consentiente ad eundem regressa est: *minus*

ganz allgemein gefaßten Worte: *Si adversus ea. quae diximus, aliqui coierint*, gehen offenbar auf alle vorher erwähnten Fälle.

79) *L.* 2. *D. de ritu nuptiar.* In den *Basilic.* Tom. IV. p. 239. in fin. heißt es: οὐ γίνεται γάμος, non contrahitur matrimonium.

80) *L.* 35. *D. eodem.* *Ant.* Faber Iurisprud. Papinian. Tit. IX. Princ. IV. Illat. 11.

81) *L.* 18. *D. de ritu nupt.*

82) *L.* 7. *Cod. de nupt.* In den *Basilic.* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 5. Const. 21. pag. 290. heißt es: οὐκ ἔῤῥωται ὁ γαμος, *non valet matrimonium.* S. Boehmer Diss. de necessario parentum consensu in nuptiis liberor. Cap. I. §. 27. Not. y.

legitima coniunctio est, cessante patris voluntate, in cuius est potestate: atque ideo, non petente filia, petitionem dotis repetere non prohiberis [83]). Dieser

83) Hierdurch widerlegt sich der Irrthum derjenigen Rechtsgelehrten, welche behaupten, daß die ohne des Vaters Einwilligung einmal vollzogenen Ehen nach dem Röm. Recht zwar für nuptiae iniustae, aber nicht für nichtig zu halten wären, wie z. B. *Jac.* CUJACIUS Observation. Lib. III. cap. 5. *Franc.* HOTOMAN Quaestion. illustr. libro. Quaest. 9. *Car. Ann.* FABROTUS Exercitation. Cap. 11. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. III. p. 1215.) und *Ant. Guil.* COSTANUS Quaestion. iur. civ. L. II. c. 12. Sie glauben hier ein Beyspiel von einer lex imperfecta zu finden, welche zwar die Ehe verbietet, aber nicht aufhebt, wenn sie einmal geschlossen ist. Allein schon längst ist diese Meinung von *Ulr.* HUBER Digression. Iustinianear. P. II. Lib. I. cap. 15—17. pag. 518. sqq. *Henr.* BROUWER de iure connubior. Lib. I. c. 7. nr. 20. pag. 64. sqq. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. cit. Cap. I. §. 26. et 27. (in *Electis iur. civ.* Tom. I. Exerc. XVI. Cap. I. §. 18. et 19. pag. 586. sq.) *Car. Frid.* WALCH Introduct. in controvers. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. I. §. 12. und Ad. Diet. Weber system. Entwick. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 74. Not. 9. S. 304. f. der viert. Ausgabe hinlänglich widerlegt worden. Die Stelle aus des PAULUS *Recept. Sentent. Lib. II. Tit.* 19. §. 2. Eorum, qui *in potestate patris* sunt, sine voluntate eius matrimonia iure non contrahuntur; sed *contracta non dissolvuntur* (HUGO *iur. civ. Antejust.* Tom. I. p. 122.) kann hier nicht zum Gegenbeweise dienen, weil Niemand für deren Aechtheit bürgen kann. Will man aber auch diese Stelle nicht für verfälscht halten, und der Emendation des BROUWER c. l. p. 65., welcher *et contracta solvuntur*, mit Hinweglassung der Negation,

Fehler der Richtigkeit konnte auch weder durch den Tod des Vaters, noch durch die nachher erfolgte Einwilligung desselben gehoben werden. Jenes lehrt Paulus *libro XVIII.*

lesen will, keinen Beyfall geben; so kann sie füglich von den Fällen verstanden werden, wo Kinder auch während der väterlichen Gewalt ohne Einwilligung des Vaters heyrathen können. Der Grund, welcher in einem solchen Falle *L.* 12. §. 3. *D. de captivis* angeführt wird, harmonirt wenigstens genau mit dem von Paulus angeführten: *contemplatio enim publicae utilitatis privatorum commodis praefertur.* So würde denn auch Paulus mit sich selbst übereinstimmen, wie ebenfalls *Em.* Merillius Exposition. in L. Decision. Iustin. Nr. XX. pag. 59. bemerkt hat. Unwahrscheinlich ist es, wenn *Ev.* Otto in Comm. ad §. 12. I. de nupt. meint, Paulus habe nur sagen wollen, was kluge Väter in solchem Falle zu thun pflegten. Konnte nun der Vater eine mit seiner Einwilligung geschlossene Ehe aus einer erheblichen und gerechten Ursache wieder aufheben, *L.* 5. *C. de repud.*, warum nicht eine ohne seine Einwilligung eingegangene nichtige Ehe? Dennoch hat *Carl. Sebast.* Berardi Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. V. Qu. 1. pag. 162. sqq. (edit. *Venet.* 1778. 4.) jene Meinung des Cujaz wieder aufs neue zu vertheidigen gesucht. Er erklärt alle angeführten Stellen davon, es seyen keine nuptiae iustae, und die Hauptstelle aus den Institutionen will er blos mit Theophilus in seiner griechischen Paraphrase auf incesta cognatorum coniugia beziehen. Allein er hätte an die L. 5. C. de Legg. denken sollen. Sein neues Argument, was er aus *L.* 3. §. 5. *D. de bon. poss. contra tabb. iuncta L.* 6. §. 1. *D. de bon. poss.* hernimmt, beweist darum nichts, weil darin von einem filio emancipato die Rede ist.

Responsorum [84]), wenn er sagt: eum, qui vivente patre et ignorante de coniunctione filiae conceptus est, *licet post mortem avi natus sit*, iustum filium ei, ex quo conceptus est, esse non videri. Erfolgte aber nachher die Genehmigung des Vaters, sie mogte nun ausdrücklich oder stillschweigend, durch unterlassenen Widerspruch, geschehen, so wurde zwar die Ehe dadurch gültig, aber nur für die Zukunft, nicht für die Vergangenheit. Was also vorher geschehen war, blieb in seinem vorigen Zustande; der Beyschlaf einer solchen Frau mit einem Dritten ward dadurch nicht in ein adulterium [85]),

84) *L.* 11. *D. de statu hom.* Brouwer de iure connubior. Lib. I. cap. 7. nr. 23. pag. 67. glaubt jedoch, daß nach dem neuern Justin. Rechte immer auf die Zeit der Geburt zu sehen sey, weil in der *L.* 11. *C. de naturalib. liber.* die allgemeine Regel aufgestellt werde: Semper in huiusmodi quaestionibus, in quibus de statu liberorum est dubitatio, non conceptionis, sed *partus tempus* inspiciatur. Allein diese Regel geht nicht auf Kinder, die, wie hier, in einer verbotenen Ehe sind gezeugt worden, und wo auch nicht einmal nachher die väterliche Einwilligung erfolgt war. Ein Anders war, wenn sie erst nach dem Tode des Vaters waren gezeugt worden. S. *Jan. a* Costa Comm. ad princ. Inst. de nupt. pag. 60.

85) *L.* 13. §. 6. *D. ad Leg. Iul. de adulter.* Si quis uxorem suam velit accusare, dicatque eam *adulterium* commisisse, antequam sibi nuberet: iure viri accusationem instituere non poterit: quia non, cum ei nupta est, adulterium commisit. Quod et in concubina dici potest, quam uxorem quis postea habuit: vel *in filia familias, cuius coniunctioni pater postea consensit.* Statt consensit liest zwar die Florentine *concessit*.

aber auch die schon vorher gebohrnen Kinder nicht in eheliche Kinder verwandelt[86]. Denn sie waren in einem unerlaubten Beyschlafe gezeugt, und konnten daher mit solchen Kindern, die durch die nachfolgende Ehe der Eltern legitimirt wurden, nicht verglichen werden[87]. Zum Beweise, daß die nachher erfolgte Einwilligung des Vaters keine zurückwirkende Kraft hatte, sondern die Ehe erst von jetzt an gültig machte, kann der Ausspruch Papinians dienen, welcher *libro* X. *Quaestionum*[88] sagt: Dotis promissio non ideo minus valebit, quod ignorante initio patre nuptiae non fuerint, *si postea consenserit:* cum omnis dotis promissio *futuri matrimonii* tacitam conditionem accipiat[89]. Die nun erfolgte Genehmigung des Vaters wirkte aber dergestalt auf die Zukunft, daß die nun erst gebohrnen Kinder legitime Enkel ihres Großvaters

Allein jene Leseart scheint richtiger zu seyn, weil auch die Basiliken Tom. VII. pag. 615. συνήσε haben. So lesen auch die meisten Ausgaben, als Haloander, Chevallon, Miräus, Merlin, Baudoza u. a. m.

86) *L.* 65. §. 1. *D. de R. N. L.* 6. *et* 8. *Cod. de nupt.*

87) S. Brouwer c. l. nr. 24. pag. 67. Vinnius Comm. ad pr. I. de nupt. nr. 6. u. a Ludewig Diss. de connubiali imperio consensuq. parent. Diff. II. Cap. 2. §. 2.

88) *L.* 68. *D. de iure dot.* S. *Jac.* Cujacius Commentar. in libr. X. Quaestion. Papiniani ad h. L. (*Oper.* a *Fabroto* editor. Tom. I. pag. 268.)

89) Eben dieses wird auch in den Scholien der Basiliken Tom. IV. pag. 262. lit. c. bemerkt, wo es heißt: Εἰ δέ μετὰ τὸν γάμον ὁ πατὴρ συναινέσει, ἀπὸ τότε καὶ ὀυκ ἄνωθεν ὁ γάμος βεβαιοῦται. i. e. *Si vero pater post nuptias contractas consenserit, ab eo tempore, et non retro nuptiae confirmantur.*

waren. So ist das Rescript des Kaisers Alexander zu verstehen, welches *L. 5. C. de nupt.* folgendermassen lautet: Si, ut proponis, pater quondam mariti tui, in cuius fuit potestate, cognitis nuptiis vestris, non contradixit: vereri non debes, *ne nepotem suum non agnoscat*, wie es auch Cujaz [90]) ganz richtig verstanden hat. Ob nicht diese Strenge des Röm. Rechts durch die neuern Verordnungen des Kaisers Justinian [91]) sey abgeändert worden, und ob der darin aufgestellte Grundsatz, daß eine nachher erfolgte Genehmigung bey rechtlichen Geschäften auf den Anfang derselben zurückgezogen, und einer gleich bey Eingehung derselben ertheilten Einwilligung gleichgeachtet werden solle, auch auf die ohne des Vaters Einwilligung geschlossenen Ehen der Kinder gehe, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Viele [92])

90) cit. loc.

91) *L. 25. C. de donat. inter vir. et ux.* Ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportere, in quibus contracta sunt. — *L. 7. Cod. ad SCtum Macedon.* Necesse est enim, patris ratihabitionem vel principali mandato patris vel consensui non esse absimilem: cum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahatur, et confirmet ea, quae ab initio subsecuta sunt.

92) Cujacius c. l. *Franc.* Raguellus Comment. ad Constitution. et Decision. Iustin. ad L. 25. C. de nupt. pag. 291. *Jac.* Gothofredus Commentar. in tit. Pand. de div. reg. iuris ad L. 152. §. 2. pag. 623. in fin. *Jo.* Voet Comm. ad Pand. T. II. Lib. XXIII. Tit. 2. §. 8. *Jos.* Averanius Interpretation. iuris Lib. IV. Cap. 23. nr. 18. *Arn.* Vinnius Comment. ad pr. I. de nupt. nr. 6. *Ev.* Otto Comment. ad Institut. ad idem princ. nr. 7. Brouwer de iure connubior. Lib. I.

verneinen dieses, und glauben, daß bey den Ehen, welche von Kindern ohne väterliche Einwilligung sind eingegangen worden, eine Ausnahme zu machen sey, weil Justinian noch in seinen Institutionen, welche doch weit später, als jene Verordnungen [93]), publicirt worden sind, ausdrücklich erfordere, ut iussus parentis *praecedere* debeat. Dieser Meinung stimmt auch Hellfeld bey. Andere [94]) hingegen wenden jene Verordnungen des Kaisers Justinian von der rückwirkenden Kraft der Ratihabition auch auf die Ehen der Kinder an, weil die *L. 7. C. ad SCtum Maced.* namentlich von der ratihabitio patris rede, und dieser mit der Einwilligung des Vaters gleiche Wirkung beylege. Allein schon vor Justinian galt nach

cap. 7. nr. 25. *Corn. van* Eck Princip. iur. civ. sec. ord. Digestor. P. II. Lib. XXIII. Tit. 2. pag. 78. *Ant.* Matthaei Comment. ad Institut. (*Traj. ad Rhen.* 1672. 4.) ad pr. Tit. X. Lib. I. de nupt. nr. 63—65. *Jo. Ortw.* Westenberg Princ. iuris sec. ord. Dig. Lib. XXIII. Tit. 2. §. 16. *Jo. Pet. a* Ludewig Diss. de connub. imperio consensuq. parent. Diff. II. Cap. 2. §. 2. u. a. m.

93) Die *L.* 25. ist im Jahre 528, die *L.* 7. aber im Jahre 530 gegeben.

94) *Ulr.* Huber Praelect. iuris civ. sec. Institut. Lib. I. Tit. 10. §. 10. *Franc.* Broeus Exposition. in Iustin. Institut. ad pr. Tit. de nupt. nr. 5. *Jan. a* Costa Commentar. ad pr. I. eod. *Jul.* Pacius Analys. Institut. ad pr. Tit. de nupt. *Jo. Gottl.* Heineccius ad *Vinnii* Comm. pr. I. de nupt. *Ge. Lud.* Boehmer Diss. de necessar. parentum consensu in nupt. liberor. Cap. I. §. 29. et 30. (in *Elect. iur. civ.* Tom. I. Exerc. XVI. pag. 591. sq.) *Jo. Ad. Th.* Kind Quaestion. for. Tom. I. cap. 82. u. a.

der Meinung der Sabinianer die Regel, daß bey rechtlichen Geschäften die nachher erfolgte Genehmigung so viel gelte, als eine gleich Anfangs ertheilte Einwilligung [95]); und doch liessen auch selbst die Sabinianer Ausnahmen [96]) zu. Justinian aber bestätigte die Meinung der Sabinianer, ohne die Ausnahmen aufzuheben. Daß aber Justinian eine ganz allgemeine Verordnung für jede Art später erfolgter Genehmigung unstreitig nicht wollte, erscheint daraus unverkennbar daß er nicht nur selbst in dem früheren Gesetz [97]), welches die erste Grundlage enthält, in dem Falle, wo die im letzten Willen des Schenkenden genehmigte Schenkung zwischen Ehegatten die gesetzliche Summe übersteigt, und nicht gerichtlich insinuirt worden ist, die rückwirkende Kraft der Genehmigung auf das ausdrüklichste verbietet; sondern auch die

95) *L.* 60. *D. de reg. iuris.* *L.* 1. §. 6. *D. Quod iussu.* *L.* 16. §. 1. *D. de pignor*, *et hyp.* *L.* 20. *D. de pign. act.*

96) *L.* 13. *pr. D. de his*, *qui notant. infam.* *L.* 65. §. 1. *D. de ritu nupt.* *L.* 25. §. 4. *D. de acquir. vel omitt. heredit.* *Pr. I. de nupt.* S. *Em.* Merillius Exposition. in L. Decision. Justiniani Nr. II. ad L. ult. Cod. ad SCtum Macedon. pag. 6. sq.

97) *L.* 25. *Cod. de donat. inter vir. et uxor.* Sin vero specialiter eas in suprema voluntate donator vel donatrix confirmaverit, sine ulla distinctione ratae habebuntur: ita tamen, ut, siquidem ultra lege definitam quantitatem expositae minime in actis insinuatae fuerint: *specialis earum confirmatio ex eo tempore vim habeat*, *ex quo eaedem donationes confirmatae sunt.*

schon in dem ältern Recht gemachten Ausnahmen in seine Gesetzsammlungen aufgenommen hat [98].

2) Auch nach dem canonischen Rechte wird die Einwilligung des Vaters bey den Verlobnissen und ehelichen Verbindungen der Kinder für nothwendig gehalten [99]. Die Verordnungen des ältern canonischen Rechts, welche wir in Gratians Decrete finden, erklären auch dergleichen Ehen, die ohne der Eltern Einwilligung, in deren Gewalt sich diejenigen, welche sie geschlossen haben, befinden, sind eingegangen worden, eben so, wie das Römische Recht, nicht nur für illegitim, sondern auch für nichtig. Hierher gehören folgende Stellen des Decrets.

Can. 1. *Caus.* XXX. *Qu.* 5. Aliter legitimum non fit coniugium, nisi ab his, qui super ipsam foeminam dominationem habere videntur, et a quibus custoditur, uxor petatur, et a parentibus et propinquioribus sponsetur, et legibus dotetur, et suo tempore sacerdotaliter, ut mos est, cum precibus et oblationibus a sacerdote benedicatur. — §. 1. Ita peracta legitima scitote esse connubia: aliter vero praesumta non coniugia, sed adulteria, vel contubernia, vel stupra, aut fornicationes po-

98) Man sehe hier vorzüglich Gottl. Hufeland's Abh. über die verschiedenen Wirkungen der Genehmigung bey Geschäften; in Desselben Abhandlungen aus dem Civilrecht 1. B. Nr. IV. S. 305. ff.

99) S. *Jo.* Dartis Comment. in Decretum Gratiani P. II. Caus. XXX. Qu. 5. (*Operum Eius canonicor.* P. I. *Parisiis* 1656. f.) *Jo.* D'Avezan Tr. II. de matrimoniis. Cap. 22 (in *Thes. Meerman.* T. IV. p. 337. sqq.) *Ev.* Bronchorst Εναντιοφανῶν Centur. III. Assert. 1.

tius, quam legitima conjugia esse non dubitate, nisi [100]) voluntas propria suffragaverit, et vota succurrerint legitima.

Dieser Canon wird in der Ueberschrift dem Pabst Evaristus zugeschrieben, aus dessen ersten Briefe an die Afrikanischen Bischöfe er entlehnt seyn soll; allein er gehört zu den unächten Texten des Decrets, welche aus dem Pseudo-Isidorus entlehnt sind, wie Berardi [1]) aus mehreren Gründen dargethan hat. Indessen kann er doch zum Beweise der damals, sey er auch nicht älter als Pseudo-Isidor, herrschend gewesenen Grundsätze dienen [2]). Es hat sich auch der Erzbischof Hincmar von Rheims [3]) auf diesen Canon berufen.

Can. 3. ibidem. Nostrates tam mares, quam foeminae non ligaturam auream, vel argenteam, aut ex quolibet metallo compositam, quando nuptialia foedera contrahunt, in capitibus defe-

100) Für *nisi* will Dartis l. c. pag. 314. vielmehr etsi lesen.

1) Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti P. II. Tom. I. Cap. 3. pag. 41. (edit. *Venet.* 1777. 4.)

2) S. Boehmer iur. eccles. Protestant. Tom. III. Lib. IV. Tit. 2. §. 2. *G. L.* Boehmer Diss. de necess. parent. cons. in nupt. liberor. Cap. III. §. 64. not. e. *Paul. Jos. a* Riegger Institut. iurisprud. eccles. P. IV. §. 47. Not. und Walch ad *Hoppii* Commentar. in Instit. Lib. I. Tit. 10. pag. 89. Not. *Adfirmandam.*

3) Opusc. de divortio Lotharii et Tetbergae. *Paris.* 1615. pag. 328. Die Worte des Evaristus finden sich auch bey Harduinus Tom. I. Concilior. pag. 75. und Gratian part. 7. ad can. 12. C. XXXII. Qu. 2. bezieht sich darauf, um den Satz zu bestärken, daß ohne die väterliche Einwilligung keine legitime Ehe Statt finde.

runt: sed post sponsalia, quae futurarum sunt nuptiarum promissa, foedera quoque consensu eorum, qui haec contrahunt, et eorum, *in quorum potestate sunt*, celebrantur; et postquam arrhis sponsam sibi sponsus per digitum fidei annulo insignitum desponderit, dotemque utrique placitam sponsus ei cum scripto, pactum hoc continente, coram invitatis ab utraque parte tradiderit, aut mox aut apto tempore, — ambo ad nuptialia foedera perducuntur.

Dieser Canon ist aus den ächten Briefen des Pabstes Nicolaus I. an die Bulgaren [4]) entlehnt.

Can 5. ex *Concilio Carthaginensi IV*. c. 13. anno 3 8 in *Africa* habito. Sponsus et sponsa cum benedicendi sunt a sacerdote, *a parentibus suis*, vel a paranymphis offerantur [5]).

Can. 13. *Caus*. XXXII. *Qu*. 2. AMBROSIUS *in lib. de patriarchis*. — Mulier, etiam, siqua, amisso cito viro, adolescentula in laqueum infirmitatis suae timet incidere, si vult, nubat, tantum in Domino, *ut electionem mariti parentibus deferat*.

Can. un. C. XXXII. *Q*. 3. PELAGIUS Potentio defensori: Patrem puellae, ecclesiae nostrae famulum, avum vero eius liberis ortum constat esse natalibus: et ideo avi magis electionem de conjunctione neptis, quam patris eius, cuius nullo

4) S. BERARDUS P. II. Tom. II. Cap. 77. pag. 266. sq.

5) Der nämliche Canon kommt auch *Can*. 33. *Dist*. 23. vor. S. BERARDUS c. l. P. I., Can. 15. p. 155. in fin. et sq.

modo liberum potest esse arbitrium, decernimus attendi [6]).

Can. 2. §. 1. *Caus.* XXXV. *Qu.* 6. Coelestinus Papa [7]). Quod autem parentes, fratres, et

6) Ob einem? und welchem Pelagius? dieser Canon zuzuschreiben sey, ist ungewiß. Weder unter den vorhandenen Briefen Pelagius I. noch des II. hat er sich gefunden, wie auch schon *Zeg. Bern. van* Espen brev. Commentar. in secund. part. Gratiani ad Caus. XXXII. (*Oper.* a *Gibert* editor. Tom. VIII. pag. 103.) bemerkt hat. Berardus ad Gratiani canones P. II. Tom. I. cap. 55. pag. 415. will es auch für widersprechend halten, daß in dem Falle, welchen der Can. entscheidet, der Vater habe freier Geburt, und der Sohn ein Leibeigner seyn können. Allein dieser Widerspruch läßt sich wohl heben. Konnte nicht der Sohn aus Frömmigkeit, oder um seinen Unterhalt von der Kirche zu erhalten, sich der Kirche mit Einwilligung seines Vaters als Leibeigner ergeben haben? Diese Ursachen verschafften ja der Kirche zahlreiche Dienstleute. S. Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. 1. Abth. §. 169. War überhaupt der Sohn noch in der väterlichen Gewalt, so konnte es, da hier von der Verheyrathung einer Enkelin die Rede ist, ohnehin auf desselben Einwilligung gar nicht ankommen, weil hierzu die Einwilligung des Großvaters allein genügte. *L.* 16. §. 1. *D. de ritu nuptiar.*

7) In Gratians Decrete ist dieser Canon mit dem Worte Palea bezeichnet. Er gehört also zu den interpolirten Texten des Decrets. Allein er findet sich auch in den Decretalen, *cap.* 3. *X. Qui matrim. accusare poss.* Hier wird er dem Pabst Cölestin III. zugeschrieben. Allein er steht schon in dem Breviario Extravagant. *Bernardi* Cap. 1. de matrim. contra interdict. eccles.

cognati utriusque sexus in testificationem suorum ad matrimonium conjungendum vel dirimendum admittantur, tam antiqua consuetudine, quam legibus approbatur. Ideo enim maxime parentes, et si defuerint parentes, proximiores admittuntur, quoniam unusquisque suam genealogiam cum testibus, et chartis, tum etiam ex recitatione maiorum scire laborat. Qui enim melius recipi debent, quam illi, qui melius sciunt, et quorum est interesse, *ita ut, si non interfuerint, et consensum non adhibuerint, secundum leges nullum fiat matrimonium?*

Die Worte: *secundum leges* lassen keinen Zweifel übrig, daß hier das Römische Recht bestätiget werde.

Hierzu kommen nun noch die Zeugnisse der Kirchenväter, welche in Gratians Decrete nicht befindlich sind; nämlich des Tertullianus und Basilius. Ersterer sagt [8]): *Nec in terris filii sine consensu parentum, sine consensu patris rite et iure nubunt.* Letzterer [9]): *Quae sine iis, qui habent potestatem, fiunt matrimonia, sunt fornicationes: nec ergo vivente patre, nec domino, ii, qui conveniunt, sunt ab accusatione li-*

celeb. welches noch vor Cölestin III. erschien. Böhmer will ihn daher Not. 57. ad cit. *cap.* 3. vielmehr dem Pabst Cölestin I. zueignen. Richtiger aber schreibt ihn BERARDUS ad Gratiani canones. P. II. Tom. I. Cap. 40. pag. 251. dem P. Cölestin II. zu.

8) *Lib. II. ad uxorem. cap. ult.* pag. 171. (edit. *Rigalt.*)

9) *Epist. ad Amphilochium. Can.* 42. in JOANNIS ANTIOCHENI Collectione canonum Tit. XLII. (in *Guil.* VOELLI et *Henr.* JUSTELLI *Biblioth. iur. can. vet.* Tom. II. pag. 586.)

beri, donec conjugio domini annuerint, tunc enim accipit firmitatem coniugium. Offenbar ging diese Accusatio dahin, daß die Ehe auf Verlangen der Eltern für nichtig erklärt und wieder aufgehoben werde, wie aus der Vergleichnng des vorhergehenden und nachfolgenden Canons erhellet [10]).

So genau diese Vorschriften des canonischen Rechts, und Aussprüche der Kirchenväter mit denen des römischen Rechts übereinstimmen, so fehlt es doch nicht an Rechtsgelehrten älterer [11]) und neuerer Zeiten [12]) welche der Meinung sind, daß das Canonische Recht darin von dem Römischen Rechte abweiche, daß nach demselben die Einwilligung der Eltern bey den Sponsalien und Ehen der Kinder nicht erforderlich sey. Allein dieser Irrthum beruhet auf einigen mißverstandenen Stellen des Canonischen Rechts. Denn wenn 1) Pabst Nicolaus I. *can.* 2. *Caus. XXVII. Qu.* 2. sagt: Sufficiat secundum leges solus eorum consensus, de quorum conjunctionibus agitur; so hat er damit keineswegs die Einwilligung der Eltern ausschließen wollen, wie ganz offenbar daraus erhellet, weil eben dieser Pabst in einer andern oben angeführten Stelle, welche einen Theil dieses Decretalschreibens an die Bulgaren ausmacht, wie Be-

10) S. Boehmer Diss. cit. de necess. parent. consensu. Cap. III. §. 64. not. e et f.

11) Contius Lection. subsecivar. Lib. I. cap. 4. und Alciatus Comm. ad L. 101. D. de Verb. Signif.

12) *Ant.* Schmidt Institut. iuris eccles. Germ. Tom. II. §. 83. Pehem Praelection. in ius eccles. univ. P. II. §. 416. Michel Kirchenrecht für Katholiken u. Protestanten §. 61. S. 277. Nr. 5. u. Not. **).

rardi [13]) durch Wiederherstellung des ganzen päbstlichen Schreibens gezeigt hat, diese Einwilligung ausdrücklich erfordert. Es war vielmehr, wie der ganze Zusammenhang dieses Schreibens lehrt, die Frage, welche hier der Pabst entscheidet, die, ob zur Schließung der Ehe die bloße Erklärung der Einwilligung der sich verheyrathenden Personen unter den damals hergebrachten kirchlichen Feyerlichkeiten genüge, oder ob nicht auch der Beyschlaf noch hinzukommen müsse. Diese Frage entscheidet nun der Pabst dahin, quod *secundum leges* solus eorum consensus sufficiat, de quorum conjunctionibus agitur. Daß Nicolaus unter den Worten *secundum leges* das römische Recht verstanden habe, ist wohl keinem Zweifel unterworfen. Denn Ulpian [14]) lehrt das Nämliche. Eben dieses hat auch schon Hermann Vultejus [15]) gegen diejenigen erinnert, welche jene Worte irrig durch secundum ius canonicum erklären wollten. Daß aber der Pabst nur das Hinzukommen des Beyschlafs habe ausschließen wollen, beweisen folgende Worte: Qui consensus si solus in nuptiis forte defuerit, cetera omnia *cum ipso coitu* celebrata frustrantur, *Ioanne Chrysostomo*, magno doctore, testante, qui ait: *matrimonium non facit coitus, sed voluntas.* Eben so haben auch schon Cujaz [16]), D'Avezan [17]), Janus a

13) Gratiani canones. P. II. Tom. II. Cap. 77. pag. 266. sq.

14) *L.* 30. *D. de div. Reg. iuris.*

15) Comment. ad Institut. Lib. I. Tit. 10. Pr. nr. 16.

16) Commentar. in Lib. XVI. Digestor. Salvii Iuliani ad L. 11. D. de sponsal. (Oper. a *Fabroto* editor. T. III. pag. 110.)

17) Tract. II. de matrimoniis. Cap. 21. §. Quod ad primum. pag. 339.

Costa [18]), und Emund Merillius [19]) diese Stelle verstanden. Wenn ferner 2, Pabst Innocenz III. *cap.* 25. X. *de spons.* sagt: quod matrimonium in veritate contrahitur per legitimum viri et mulieris consensum; so sieht ein jeder von selbst ein, daß dadurch die Einwilligung der Eltern bey Personen, welche deren Gewalt noch unterworfen sind, nicht ausgeschlossen werde, da deren Nothwendigkeit in den oben angeführten Stellen des canonischen Rechts so bestimmt ausgesprochen worden ist.

Auch selbst das neuere Kirchenrecht erkennt die Nothwendigkeit der elterlichen Einwilligung bey den Ehen der Kinder. Daß Sponsalien, die ohne väterliche Einwilligung geschlossen worden, nichtig sind, und auf Verlangen der Eltern, wenn sie gegründete Ursachen haben, sich der Vollziehung der Ehe ihrer Kinder zu widersetzen, von der Obrigkeit aufgehoben werden können, behaupten sowohl Protestanten als Katholiken [20]). Solche Sponsalien sind unverbindlich, wenn sie auch mit einem Eide wären bekräftiget worden [21]); weil kein Eid gilt, wodurch die

18) Comm. ad pr. I. de nupt. ad verba: *Dum tamen.*

19) Comm. ad pr. I. eodem. ad verbum *Iussum.* pag. 48.

20) *G. L.* Boehmer Princip. iuris canon. §. 368. fin. Schnaubert Grundsätze des Kirchenrechts. §. 229. Wiese Handbuch des Kirchenrechts. 3. Th. §. 418. S. 385. Engel Colleg. univ. iur. canon. Lib. IV. Tit. II. §. 2. nr. 11. Zech Diss. cit. de sponsalib. academicorum absq. parentum consensu contractis. Art. 5. Schenkl Institut. iuris eccles. Germ. P. II. §. 648. Gambsjaeger ius eccles. §. 218. pag. 431. sq.

21) *Can.* 14. *C. XXXII. Qu.* 2. *Cap.* 1. *de iureiurand. in VIto.* Benedictus XIV. Institut. ecclesiast. §. 46.

Rechte eines Andern gekränkt werden [22]). Es wird auch in diesem Falle selbst nach der Lehre der Katholiken nicht einmal eine besondere Relaxation für nöthig gehalten [23]). Ob aber nicht das Recht der Eltern auf Vernichtung des ohne ihre Einwilligung geschehenen Eheversprechens zu klagen, durch den hinzugekommenen Beyschlaf aufgehoben werde, ist streitiger. Mehrere [24]) unterscheiden, ob die Braut die Verführte oder die Verführerin ist. Im ersten Falle gehe das Recht der Geschwächten zu ihrer Genugthuung auf die Vollziehung des Eheversprechens zu klagen dem Rechte der Eltern vor. In dem letztern Falle hingegen sey sie wegen des Widerspruchs der Eltern mit ihrer Klage abzuweisen. Allein die meisten Rechtsgelehrten [25]), auch Theologen,

Zech Diss. de sponsalib. academicorum absq. parentum consensu contract. Art. 6. *Car. Christ.* Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 388. Schott Eherecht. §. 93.

22) *Cap.* 58. *de reg. iur. in VIto.* *Ge. Lud.* Boehmer Princip. iuris canon. §. 335.

23) Zech cit. Diss. Art. VI. §. 40.

24) Wernher select. Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 421. Carpzov Iurispr. eccles. Lib. II. Def. 60. *Ge. Lud.* Boehmer Princip. iur. canon. §. 369. Zech cit. Diss. Art. VII. §. 49.

25) *Jo. Sam.* Stryk Exerc. acad. de reliquiis sacramenti in matrimonialibus (*Halae* 1706. 4.) Cap. II. §. 27—29. *Salom.* Deyling Institution. prud. pastoralis P. III. Cap. 6. §. 17. Hommel Rhapsod. quaestion. forens. Vol. I. Obs. 244. Hofacker c. l. Schott Eherecht §. 93. Not. 4. Schnaubert Grundsätze des Kirchenrechts. §. 229. Joh. Christ. v. Quistorp Beyträge

verwerfen diesen Unterschied mit Recht, und halten dafür, daß auch selbst der hinzugekommene Beyschlaf das Annullationsrecht der Eltern nicht aufhebe, wenn sie gegründete Ursache haben, ihre Einwilligung zu versagen. Denn eines Theils würde ja das Einwilligungsrecht der Eltern auf solche Art der Willkühr der Kinder Preiß gegeben; andern Theils aber würde auch daraus die offenbare Ungereimtheit entstehen, daß eine unerlaubte Handlung, durch eine hinzugekommene neue unerlaubte Handlung erlaubt und gültig gemacht werden könne. Wie aber, wenn die Ehe bereits vollzogen seyn sollte? Hier weichen die Grundsätze des katholischen und protestantischen Kirchenrechts von einander ab. Nach den erstern ist zwar die Ehe an sich unerlaubt, sie ist und bleibt aber dennoch gültig, und kann von den Eltern, ohne deren Einwilligung sie geschlossen worden ist, nicht weiter angefochten werden. Es erscheint dieses nicht nur aus den Verordnungen der Päbste Lucius III.[26], Alexander III.[27] und Innocenz III.[28], sondern das Tridentinische Concilium[29] hat diejenigen sogar mit

zur Erläuterung verschied. Rechtsmaterien. Nr. XXIX. S. 458. Gambsjaeger ius eccles. Tom. II. §. 218. pag. 432. Thibaut System des Pand. Rechts. 1. B. §. 412. a. E. Schmalz Handbuch des canonischen Rechts. §. 287.

26) *Cap.* 6. *X. de raptorib.*

27) *Cap.* 13. *X. de sponsalib.*

28) *Cap.* 6. *X. de condit. apposit.*

29) *Sess. XXIV. Cap.* 1. *de reformat. matrimonii.* p. 324. edit. *Card. de* Luca (*Colon.* 1724. 4.) Tametsi dubitandum non est, clandestina matrimonia, libero contrahentium consensu facta, rata et vera esse matrimo-

dem Anathema belegt, welche behaupten, daß die von Kindern in väterlicher Gewalt ohne Einwilligung der Eltern geschlossene Ehen ungültig seyen. Daß diese Verordnung des neuern katholischen Kirchenrechts auf der Lehre der Katholiken beruhe: die Ehe sey von Christus zur Würde eines Sacraments erhoben, hat schon Böhmer [30]) ausgeführt. Da aber die Protestanten diese Lehre verwerfen, so können jene Verordnungen der Päbste so wenig in den Gerichten derselben zur Entscheidungsnorm dienen, als das von dem tridentinischen Concilium ausgesprochene Anathema sie treffen kann. Den-

nia, quamdiu Ecclesia ea irrita non fecit; et proinde iure damnandi sint illi, ut eos sancta Synodus anathemate damnat, qui ea vera ac rata esse negant, quique falso affirmant, matrimonia a filiisfamilias sine consensu parentum contracta, irrita esse, et parentes ea rata vel irrita facere posse: *nihilominus sancta Dei ecclesia ex iustissimis causis illa semper detestata est, atque prohibuit.* Diese letzteren Worte beweisen, daß die Verordnung nicht auf Sponsalien geht. Es ist daher irrig, wenn Michl in seinem Kirchenrecht §. 61. S. 277. sagt, daß das Tridentinische Concilium die elterliche Einwilligung auch zu den Sponsalien nicht für nothwendig halte. Seiner Meinung widerstreitet auch die Verordnung des P. Benedict XIV. vom Jahre 1741. welche Riegger in Institution. iurisprud. eccles. P. IV. §. 46. anführt. Selbst in Ansehung der Ehe, waren die Väter des trident. Conciliums sehr verschiedener Meinung, und man stritte sehr, ehe man sich in den Beschluß vereinigen konnte. S. Boehmer Diss. cit. de necess. parent. consensu. Cap. III. §. 66.

30) Iur. eccles. Protestant. Tom. III. Lib. IV. Tit. 2. §. 6.

noch behaupten mehrere protestantische Rechtsgelehrten [31]), der Anwendbarkeit jener Verordnungen des neuern päbstlichen Rechts stehe auch bey den Protestanten nichts entgegen, und wenn gleich das tridentinische Concilium nur die Katholiken angeht, so sey doch durch ein allgemeines teutsches Reichsgesetz [32]) verordnet, daß die väterliche Gewalt der Vereinigung der Ehe weichen, und daher eine Ehe nicht wieder getrennt werden solle, welche ohne der Eltern Einwilligung geschlossen worden ist. Allein es ist ja bekannt, daß die Verordnungen des canonischen Rechts bey den Protestanten nur in so weit gelten, als sie mit den Grundsätzen der Augsburgischen Confeßion und mit der Verfaßung der evangelischen Kirche bestehen können, mithin schlechterdings zu verwerfen sind, insofern sie lediglich auf einem Grundsatze beruhen, welchen die Protestanten nicht annehmen [33]). Sodann aber hat man nicht bedacht, daß jenes vermeintliche teutsche Reichsgesetz das famöse so genannte Augsburgische Interim ist, welches nur eine provisorische Verfügung seyn sollte, und überdies

31) *de* Ludwig Diss. de connub. imperio cons. parent. Diff. II. Cap. 8. §. 16. *Christ.* Thomasius Diss. de validitate coniugii invitis parentibus contracti. *Ge. Lud.* Boehmer Princip. iuris canon. §. 369. fin. Schnaubert Grundsätze des Kirchenrechts. §. 229. a. E. und Not. c. Runde Grundsätze des deutschen Privatrechts §. 564. und Danz Handbuch des heut. deutschen Privatrechts. B. 6. §. 564. Nr. V. S. 163 f.

32) Kaiserliche Erklärung wegen der Religion zu Augsburg 1548. eröfnet. Tit. XXI. §. 9. (in der neuen Sammlung der Reichsabsch. 2. Th. S. 564. a. E.)

33) S. meine Praecognita iurisprud. ecclesiast. Germanor. §. 54.

weder von den katholischen noch protestantischen Reichsständen allgemein angenommen ward [34]. Es dürfte daher vielmehr darauf ankommen, ob die ohne elterliche Einwilligung geschlossene Ehe gleichwohl öffentlich nach vorhergegangenem Aufgebote und gesetzmäßiger Trauung, also in völliger liturgischer Form vollzogen worden ist, oder nicht. In dem ersten Falle kann die auf solche Art vollzogene Ehe von den Eltern aus dem Grunde ihrer mangelnden Einwilligung nicht weiter angefochten werden, weil nun das Widerspruchsrecht derselben durch Präclusion, welche das öffentliche Aufgebot zur Folge hat, erloschen ist. In dem letzten Falle hingegen, da die Trauung heimlich und ohne öffentliches Aufgebot geschehen ist, steht der Anwendung des Römischen und ältern Canonischen Rechts bey den Protestanten nichts im Wege, wenn die Eltern nur sonst eine rechtmäßige und vernünftige Ursache haben, auf Annullation der Ehe zu dringen [35]. Welche Gründe übrigens

34) Dieß hat auch schon Michl in seinem Kirchenrecht für Katholiken und Protestanten §. 63. S. 292. (der 2. Ausg. München 1816.) erinnert. Von den über das Interim entstandenen Unruhen spricht ausführlich Planck in s. Geschichte der Bildung, Schicksale und der Befestigung der protestantischen Kirche. 3. Bandes 2. Th. S. 425—464.

35) Eben dieses behaupten auch Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 44. *J. H.* Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. 2. §. 22. et Tit. 3. §. 51. Hofacker Princip. iuris civ. R. G. Tom. 1. §. 377. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 112. S. 142. Wiese Handbuch des gemeinen in Teutschl. üblichen Kirchenr. 3. Th. 1. Abth. §. 418. S. 385—388. Thibaut System des Pandectenrechts 1. B. §. 387. Dabelow's Handbuch des Pandectenrechts. 3. Th.

für so erheblich zu achten sind, ist in den Gesetzen nicht entschieden. Haben also die Kirchenordnungen in den protestantischen Ländern darüber nichts bestimmt, so muß die Beurtheilung in den vorkommenden Fällen dem Ermeßen des Richters überlassen werden. Im allgemeinen läßt sich nur soviel bestimmen, daß solche Gründe für hinreichend und erheblich zu halten, woraus eine gegründete Besorgniß entspringt, daß die künftige Ehe unglücklich seyn dürfte. So würden z. B. Völlerey, verschwenderische Lebensart, Mangel des nöthigen Auskommens, notorische grobe Laster und Ausschweifungen, oder begangene infamirende Verbrechen des andern Theils, den Eltern eine gerechte Weigerungsursache geben [36]. Man behauptet auch, daß Beschimpfungen, welche die Eltern von dem andern Theile

§. 272. S. 378. Vielleicht war dieß auch Luthers Meinung, wenn er in seinen Werken Th. 3. S. 376. der altenburg. Ausgabe sagt: Die, so durch heimlich Verlöbniß, wider der Eltern Willen in der Ehe sitzen, seynd nicht zu trennen. Sie sollen aber Gott um Gnade bitten. Denn Chemnitz in Disp. contra clandestinas desponsationes Th. 3. behauptet, Luther habe solche heimliche Ehen für nichtig gehalten. Dedecken Thes. Consil. T. III. in Append. pag. 35. et 36. führt zwey theologische Gutachten an, ein Rostocker, und ein Leipziger, beyde vom Jahre 1622. in deren erstern die Ehe für nichtig erklärt wird, weil Luther der Eltern Einwilligung als ein wesentliches Stück des Ehestandes erfordere, in dem letztern aber die Ehe, wenn die Trauung erfolgt ist, nach Luther nicht getrennt werden soll. S. a Ludewig Diss. cit. Diff. II. Cap. 8. §. 5. et 6.

36) S. Wiese a. a. O. §. 419. S. allgem. Preuß. Landrecht 2. Th. 1. Tit. §. 59—65.

erlitten, ja wider dieselben gebrauchte Thätlichkeiten schon genügten, ohne noch besondere Ursachen ihres Widerspruchs anführen zu dürfen [37]). Endlich

3) nach deutschen Rechten ist es I. außer allem Zweifel, daß die nachher erfolgte Ratihabitation des Vaters auf den Anfang der Ehe zurückwirke, nicht anders, als ob die Ehe gleich anfangs mit Einwilligung desselben geschlossen worden wäre [38]). II. Wird auch bey solchen Personen, die noch in der elterlichen Gewalt sind, die Einwilligung der Mutter erfordert. Zwar sagt ein Schriftsteller des elften Jahrhunderts, Petrus, der außerdem nicht weiter bekannt ist, als daß er in Frankreich schrieb, und die Gegend von Valence, welches aus burgundischer Herrschaft unmittelbar in fränkische gekommen war, für sein Vaterland zu halten ist, und also zu einer Zeit schrieb, wo Valence und die Burgundischen Länder überhaupt zum deutschen Reiche gehörten, in seinem merkwürdigen Werke unter dem Titel: *Exceptiones Legum Romanorum* [39]) Lib. I. cap. 31. Mulieres liberos in potestate non habent, ideoque filii et filiae *sine consensu matris* matrimonia contrahere possunt. Quod

37) S. Fried. von Bülow's und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 4. B. Erört. 64. S. 330. ff.

38) *Jo. Pet.* a Ludewig Different. iuris Rom. et Germ. in connubiali imperio consensuque parentum. Diff. II. Cap. 7. §. 3. sqq. Die heutige Praxis bestätigt Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCXCI. medit. 4.

39) Eine genauere Nachricht von diesem Werke giebt F. C. von Savigny in der Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter. 2. B. Kap. 9. S. 130 ff.

non possunt facere sine consensu patris, in cuius potestate sunt [40]). Es muß also damals in diesem französischen Theile des deutschen Reichs das Röm. Recht gegolten haben. Allein nach den Gesetzen der meisten deutschen Völker theilt die Mutter mit dem Vater die elterliche Gewalt, und auch ihre Einwilligung wird bey den ehelichen Verbindungen der Kinder erfordert, jedoch so, daß wenn beyde Eltern dabey verschiedener Meinung seyn sollten, der Wille des Vaters entscheidet. Nicht nur die Gesetze der älteren deutschen Völker, der Salier [41]), der Westgothen [42]), der Frisen [43]), so wie die Capitularien der fränkischen Könige [44]), sondern auch die neuern deutschen Gesetzgebungen setzen dieses außer Zweifel [45]).

40) Bey Savigny a. a. O. S. 311.

41) *Lex Salica* Tit. 70. In Georgisch Corp. iuris germ. antiqui pag. 130.

42) *Lex Wisigothor.* Lib. III. Tit. 1. cap. 2. et cap. 7. Lib. IV. Tit. 2. cap. 13. bey Georgisch pag. 1916. 1921. et 1958.

43) *Lex Frision.* Tit. IX. §. 11. Georgisch p. 419.

44) *Capitulare III.* de a. 819. §. 8. bey Georg.: pag. 850. und Capitular. Lib. VII. cap. 395. bey Georgisch pag. 1712.

45) S. *Jo. Pet. a* Ludewig Diss. differentias iur. Rom. et Germ. in consensu connubiali extra patrem. sist. *Halae* 1722. Diff. I. Cap. 2. *Jo. Gottl.* Heineccius Elementor. iuris German. Tom. I. §. 138. et §. 190. *Ge. Lud.* Boehmer Diss. de necessario parentum consensu in nuptiis liberor. Cap. 2. §. 47 — 51. *Tob. Jac.* Reinharth Diss. de arbitrio patris et iure matris in nuptias filiarum. §. 31. und *Jo. Jac.* Rothhahn Diss. de materna potestate in liberos ex Germanor. Legibus et more. *Gött.* 1772. §. 25. sqq.

Dieses Recht verbleibt der Mutter auch nach des Vaters Tode, wenn sie nicht zur andern Ehe schreitet; sonst treten, so wie nach beyder Eltern Tode, die übrigen nächsten Verwandten, Großvater und Großmutter, an deren Stelle [46]. Daß die mit Umgehung der mütterlichen Einwilligung geschlossenen Verlöbnisse der Kinder für nichtig zu halten sind, ist nach der einstimmigen Meinung deutscher Rechtsgelehrten [47] keinem Zweifel unterworfen. Die Mutter kann daher mit gleichem Rechte, wie der Vater, die ohne ihre Einwilligung geschlossenen Sponsalien der Kinder anfechten, und ihre Vollziehung hindern, wenn sie dazu gegründete und erhebliche Ursachen hat [48]. Ob sie

46) *Lex Wisigothor.* Lib. III. Tit. 1. cap. 7. Patre mortuo, utriusque sexus filiorum conjunctio *in matris potestate* consistat. Matre vero mortua, aut si *ad alias nuptias forte transierit*, fratres eligant, cui dignius vel puella iungatur. — *Lex Burgundionum* Tit. 59. pag. 381. Nepos, amisso patre, cum rebus omnibus ad *avi* ordinationem vel sollicitudinem conferatur: ea tamen ratione si mater eius *secundas nuptias* crediderit eligendas. *Ceterum si nubere electa castitate distulerit, filii cum omni facultate in eius solatio et potestate consistant.*

47) Carpzov Jurisprud. consistor. Lib. II. Tit. III. Definit. 44 et 45. Mevius Commentar. ad ius Lubecense Lib. I. Tit. 4. Art. I. nr. 22. Brunnemann Jur. Eccles. Lib. II. Cap. 16. §. 5. *J. H.* Boehmer Jur. eccles. Protestant. Tom. III. Lib. IV. Tit. 2. §. 9 et 10. Reinharth Diss. cit. §. 32. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 6. B. §. 564.

48) S. Mantzel Diss. de aequali, utriusque parentis iure, qua consensum in sponsalia liberorum. §. 13 — 16. Eine Menge statutarischer Rechte führt Rothhahn cit. Diss. §. 27 — 33.

aber auch auf Annullirung der Ehe selbst dringen könne, ist in den deutschen Gesetzen nicht auf gleiche Weise bestimmt, indem sie mit der Vernachläßigung der mütterlichen, eben so, wie der väterlichen Einwilligung, bald die Folge der Ungültigkeit der Ehe [49], bald die Strafe der Enterbung [50], bald sonst eine Strafe verknüpft haben [51]. Doch stimmen die meisten für die Richtigkeit der Ehe. Man nimmt auch als Regel an, daß wenn das Particularrecht eine ohne des Vaters Einwilligung geschlossene Ehe für nichtig erklärt, aber auch bey vaterlosen Kindern die Einwilligung der Mutter als nothwendig vorschreibt, derselben Vernachläßigung die nämliche Folge habe [52].

49) Calenbergische, Lüneburgische, Chursächsische, Wolfenbüttelsche, Mecklenburgische, Gothaische, Schaumburgische, Frankfurter, Rechte, Preußisches Landrecht u. a. m. S. Rothhahn cit. Dis. §. 27. 30.

50) *Lex Wisigothor.* Lib. III. Tit. 2. cap. 8. pag. 1927. Si absque cognitione et consensu parentum puella sponte fuerit viro conjuncta, et eam parentes in gratiam recipere noluerint, mulier cum fratribus suis in facultate parentum non succedat, pro eo, quod sine voluntate parentum transierit pronior ad maritum. Holsteinische Land-Gerichtsordnung Th. IV. Tit. 21. §. 1. S. 151. S. Hofmann's Handb. des deutschen Eherechts. §. 10. S. 28.

51) S. die Fränkische Landgerichtsordnung 3. Th. Tit. 106. §. 1. Baier. Landrecht 1. Th. 6. Kapitel §. 4. Nürnberg. Reformat. Tit. 28. §. 9. S. Boehmer Diss. cit. Cap. II. §. 58. in Electis iur. civ. Tom. I. pag. 616 sq.

52) a Ludewig Diss. de consensu connub. extra patrem. Diff. I. Cap. 2. §. 5. in fin. Ein Beyspiel giebt das

Uebrigens ist III. das Widerspruchsrecht der Eltern ganz persönlich, und erlischt mit ihrem Tode, weil man annimmt, sie haben das Unrecht den Kindern verziehen, und die Ehe stillschweigend genehmiget, wenn sie bey ihrem Leben keinen Gebrauch von ihrem Rechte gemacht haben [53]. In wiefern IV. Kinder, die nicht mehr in elterlicher Gewalt sind, die Einwilligung der Eltern einzuholen verbunden sind, ist schon an einem andern Orte [54] vorgekommen. Sollte sie auch nicht schon Ehrfurcht und Achtung, welche sie ihren Eltern schuldig sind, dazu auffordern, so können ihnen zuweilen Landesgesetze [55] die Nachsuchung der väterlichen Einwilligung zur Pflicht machen. V. Wenn Kinder, ihrer Pflicht gemäß, die Eltern um ihre Einwilligung ersuchen, so dürfen letztere ihre Einwilligung ohne erhebliche Ursachen nicht versagen, sonst kann die Obrigkeit, auf erhobene Beschwerde des von seinen Eltern gedruckten Kindes [56], die elterliche Einwilligung ergänzen,

allgem. Preuß. Landrecht. 2. Th. 1. Tit. §. 45. verglichen mit §. 49.

53) S. Rothhahn Diss. cit. §. 39.

54) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 161. S. 438.

55) S. das allgem. Preuß. Landrecht 2. Th. Tit. 1. §. 46. und Sächsische Kirchenordnung in Codice August. Tom. I. pag. 537. und p. 1020. Carpzov Iurispr. Consistor. Lib. II. Tit. 3. Def. 49. und Kind Quaest. for. Tom. I. Cap. 82.

56) Der andere Theil ist dazu nicht berechtiget, wenn es ihm die besondern Gesetze eines Landes nicht gestatten, wie z. B. das allgem. Preuß. Landrecht 2. Theil 1. Tit. §. 68. S. G. L. Boehmer Princip. iur. can. §. 370.

wie auch schon oben [57]) bemerkt worden ist [58]). Endlich VI. ist noch zu bemerken, daß diejenigen Eheverlöbniße, welche ohne Einwilligung der Eltern geschlossen worden sind, im eigentlichen Sinn *sponsalia clandestina*, **heimliche Verlöbniße**, genennt werden [59]). Von diesen gilt das Sprüchwort: **Heimlich Verlöbniß stiftet keine Ehe**; d. h. es entsteht daraus keine rechtliche Verbindlichkeit, welche eine Klage zu begründen vermöchte [60]). Haben jedoch die Eltern das heimliche Verlöbniß in der Folge genehmiget, so kann keiner der Contrahenten die Sponsalien aus dem Grunde der Clandestinität anfechten, noch sich deshalb einer Einrede bedienen, weil die Genehmigung auf den Anfang ihrer Schließung zurückgezogen wird [61]). Noch weniger aber ist deshalb einer der Contrahenten berechtiget, auf die Aufhebung der Ehe selbst zu klagen, weil die Gesetze dieses Recht blos den gekränkten Eltern geben [62]). Sofern aber sponsalia clandestina wegen Mangels der elterlichen Einwilligung nichtig sind, kann auch kein Theil daraus gegen den andern klagen, weil dem Kläger mit

57) Th. 22. §. 1192. S. 425.

58) Boehmer Iur. eccles. Protest. T. III. Lib. IV. Tit. 2. §. 18. und von Bülow und Hagemann's practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 4. B. Erört. 64.

59) Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 388. und Thibaut Syst. des Pandect. R. 1. Th. §. 414.

60) S. Joh. Fried. Eisenhart's Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern. 2. Abth. S. 101 ff. der vermehrt. Ausg. Leipzig 1792.

61) S. Kind Quaestion. for. Tom. I. cap. 82.

62) Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. III. Obs. 43. Rothhahn cit. Diss. §. 38.

Recht die Einrede der Clandestinität entgegengesetzt werden könnte [63]).

§. 1197.

Einwilligung anderer Personen außer den Eltern. Sponsalia *publica* und *clandestina*.

Außer den Eltern wird zuweilen auch noch die Einwilligung anderer Personen erfordert. Dahin gehört

II. die Einwilligung der Vormünder bey den Verlöbnissen der Unmündigen [64]). Bey den Ehen der Minderjährigen wird zwar nach dem Römischen Recht die Einwilligung der Curatoren eben so wenig erfordert, als die Einwilligung der übrigen Verwandten, wie das Rescript des Kaisers Gordian [65]) bestätiget: In copulandis nuptiis nec *curatoris*, qui solam rei familiaris sustinet administrationem, nec *cognatorum* vel *adfinium* ulla auctoritas potest intervenire: sed spectanda est eius voluntas, de cuius conjunctione tractatur; und auch schon ein früheres Rescript der Kaiser Severus und Antoninus, welches Paulus [66]) mit den Worten anführt: *Ad officium curatoris administratio pupillae* [67]) *pertinet, nubere autem pupilla*

63) *Car. Aug.* Tittel Diss. de exceptione sponsaliorum clandestinorum ab ipso contrahente opposita. *Jenae* 1754. §. 24 sqq. und Hofacker pr. iur. civ. c. l.

64) *L.* 6. *D. h. t.* *L.* 1. *C. de nupt.* S. *Jo.* D'Avezan Tr. II. de matrimoniis. cap. 20. (*Th. Meerm.* Tom. IV. pag. 337.)

65) *L.* 8. *Cod. de nuptiis.*

66) *L* 20. *D. de ritu nuptiar.*

67) *Pupilla* ist hier soviel als adulta s. pubes. Bey Frauenspersonen nahm man diesen Ausdruck nicht so genau,

suo arbitrio potest [68]). Allein nach den meisten deutschen Landesgesetzen wird auch die Einwilligung der Curatoren bey den Eheverlöbnissen der Minderjährigen erfordert [69]). Wo indessen die Landesgesetze diese Einwilligung

weil sie zu Paulus Zeiten noch unter einer beständigen Tutel standen. ULPIAN *Frag. Tit. XI.* §. 1. S. BRISSONIUS de Verbor. iur. significat. v. *Pupilla.*

68) *Cap. Achat.* BECK Exercitat. de sponsalibus minorum sine consensu curatorum non contrahendis. *Jenae* 1718. §. 38. will zwar einen Unterschied machen, zwischen einem Curator, welcher blos die Verwaltung des Vermögens hat, und einem solchen, welcher zugleich der Person seiner Pflegbefohlnen dergestalt vorgesetzt ist, daß er nicht für die Erziehung und Verpflegung zu sorgen hat; und das Gesetz bloß von einem Curator der erstern Art verstehen. Denn ein Curator der letztern Art müsse auch in die Ehe seinen Pflegbefohlnen einwilligen. Allein dieser Unterschied ist ganz ungegründet. Wie konnte gesagt werden, es komme bloß auf den Willen der Pflegbefohlnen an, sie könne nach ihrem Gefallen heyrathen, wenn sie in irgend einem Falle an die Einwilligung ihres Curators gebunden gewesen wäre? Die BASILICA Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 4. Const. 12. p. 241. haben den Sinn der *L.* 20. so treffend dargestellt, daß kein Zweifel mehr Statt finden kann: Οἰκείᾳ γνώμῃ γαμεῖν ἀφῆλιξ δύναται. ἡ γὰρ τῶν πραγμάτων διοίκησις πρὸς τὸ ὀφφίκιον τοῦ κουράτωρος φέρεται, οὐ μὴν ὁ γάμος αὐτῆς, i. e. *Adulta virgo nubere suo arbitrio potest: ad officium enim curatoris rerum administratio pertinet, non etiam matrimonium eius.*

69) S. *Gottl. Aug.* JENICHEN Specim. iuris Germ. de necessario tutorum seu curatorum in sponsalibus minorum consensu. *Lipsiae* 1740. und in LEYSER Meditat.

nicht vorschreiben, da wird noch jetzt das Römische Recht befolgt [70].

III. Die Einwilligung des Leibherrn bey den Eheverlöbnissen der Leibeignen [71].

IV. Die Einwilligung des Regiments-Chefs bey den Verlobungen der Soldaten [72]. Ueberdem erfordern

V. die besondern Landesgesetze häufig auch die Einwilligung der Verwandten [73].

In den meisten deutschen Ländern sind durch besondere Gesetze um des gemeinen Wohls willen noch gewiße Förmlichkeiten vorgeschrieben, welche entweder in der Zuziehung von Zeugen, oder darin bestehen, daß die Sponsalien schriftlich aufgesetzt, oder gerichtlich, oder vor einem Notar geschlossen werden müssen [74]. Hieraus entsteht die Eintheilung der

ad Pand. Vol. XI. Riccius Spicileg. iuris Germ. p. 486. Hofmann Handbuch des teutschen Eherechts. §. 10. S. 30 ff. und von Bülow und Hagemann pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 3. B. Erört. 53. S. 300 ff.

70) Carpzov Jurisprud. eccles. Lib. II. Def. 47. Lauterbach Colleg. th. pr Pand. Lib. XXIII. Tit. 1. §. 21. Deyling Institut. prud. pastoralis. P. III. Cap. 6. §. 12.

71) Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. 9. §. 6. Hofmann Handbuch des deutsch. Eherechts. §. 3.

72) Ludewig Diss. de consensu connubiali extra patrem. Diff. 9.

73) Ludewig cit. Diss. Diff. III. und Gerdes Diss. de propinquorum in sponsalibus consensu necessario. *Gryph.* 1703.

74) Allg. Preuß. Landrecht. 2. Th. 1. Tit. §. 82. Königl. Baier. Verordnung vom 2. Mai 1806

Sponsalien, daß sie entweder öffentliche, sponsalia *publica*, oder heimliche Verlöbnisse, sponsalia clandestina sind. Sind nämlich Sponsalien sowohl mit Einwilligung derjenigen Personen, deren Zustimmung nach den Gesetzen erfordert wird, als auch mit Beobachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten geschlossen worden, so werden sie öffentliche genennt. Sind sie hingegen entweder ohne die Einwilligung derjenigen Personen, deren Consens nach den Gesetzen nachzusuchen gewesen wäre, oder ohne die gesetzlich vorgeschriebene Form geschlossen worden, so werden sie heimliche Verlöbnisse genannt [75]). Ob solche Sponsalien für nichtig oder nur für unerlaubt zu halten sind, und welche Strafe sie nach sich ziehen, ist meist in den Landesgesetzen bestimmt. Entscheidet aber das particuläre Recht darüber nichts, so sind sie, wie Hellfeld auch ganz richtig behauptet, nach dem gemeinen Recht für nichtig zu halten. Dafür spricht theils die allgemeine Verordnung der *L. 5. Cod. de Legibus*, theils das deutsche Sprüchwort: Heimlich Verlöbniß stiftet keine Ehe [76]).

in dem Regier. Blatt d. J. 1806. St. 175. S. auch von Bülow u. Hagemann's pract. Eröterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamk. 4. B. Erört. 63.

75) Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 6. B. §. 563.

76) Anderer Meinung ist Boehmer Princip. iur. canon. §. 367. Man sehe jedoch Tittel Diss. de exceptione sponsalium clandestinor. §. 17. sqq. und Wiese Handbuch des gemeinen in Teutschl. üblichen Kirchenrechts. 3. Th. 1. Abth. §. 417. S. 380.

§. 1198.

Sponsalia *de praesenti* et *de futuro*.

Man pflegt die Sponsalien in dem Canonischen Rechte in sponsalia *de praesenti* und *de futuro* einzutheilen [77]. Jene bezeichnen denjenigen Vertrag, wo nicht blos die Verlöbniß-Einwilligung, sondern zugleich der wirkliche Eheconsens erklärt worden ist, dem es aber noch an dem Daseyn desjenigen fehlt, was zur kirchlichen Feyerlichkeit und Publicität einer Ehe erfordert wird. Letztere aber sind die eigentlichen Sponsalien, wo blos

77) *Jo. Bernh.* Friesen Disp. de vera sponsalium de praesenti et nuptiarum differentia. *Jenae* 1711. *Just. Henn.* Boehmer Diss. de incongrua praxi doctrinae de sponsalibus de futuro et de praesenti. *Halae* 1712. *Dan.* Nettelbladt Diss. de genuina sponsalium de praesenti et de futuro notione. *Halae* 1745. *Jo. Christph.* Balser Comm. de causa et origine distinctionis sponsalium de praesenti et de futuro. *Giessae* 1746. 4. *Mich. God.* Wernher Diss. de recta sponsaliorum de praesenti et de futuro adplicatione. *Vitemb.* 1759. und *Pet.* Gallade Diss. de doctrina Catholicorum et erroribus Protestantium circa sponsalia de futuro et praesenti. *Heidelbergae* 1766. Außerdem haben noch davon gehandelt *Franc.* Florens oper. iuridicor. cura *Ig. Chr. Lorb. a* Stoerchen editor. Tom. II. pag. 147. sqq. *Zeg. Bern. van* Espen Jur. eccles. univ. Tom. I. P. II. Sect. I. Tit. 12. Cap. 1. §. 1. et Comm. in sec. part. Gratiani Caus. XXVII. Qu. 2. (*Oper a Jo. Pet.* Gibert editor. Tom. VIII. pag. 97.) *J. H.* Boehmer iur. eccles. Protest. T. III. Lib. IV. Tit. 1. §. 10. sqq. und *Paul Jos. a* Riegger Institut. iurisprud. eccles. P. IV. §. 4.

die Verlöbniß-Einwilligung erklärt wird (§. 1191). Die *Sponsalia de praesenti* sind also nach dem Canonischen Rechte schon eine wirkliche Ehe, der es aber noch an der zur kirchlichen Vollziehung erforderlichen Feyerlichkeit der priesterlichen Einsegnung fehlt. Sie sind, wie die Kirchenrechtslehrer zu sagen pflegen, ein matrimonium ratum, sed nondum solemniter consummatum. Solche Sponsalien können nach dem iure canonico auf zweyerley Art geschlossen werden; entweder durch Worte, welche die Absicht, eine Ehe sogleich jetzt einzugehen, bestimmt ausdrücken: z. B. wenn Beyde einander gegenseitig erklären: ego te accipio in meam, et ego te accipio in meum. Ich nehme dich zum Weibe, und ich nehme dich zum Manne; oder du sollst von jetzt an mein Weib, und du mein Mann seyn; oder durch die That, nämlich durch den unter gültig Verlobten hinzugekommenen Beyschlaf. Eine solche Ehe wird in dem Canonischen Recht ein *matrimonium praesumtum* genennt, weil es auf einer so starken Vermuthung, daß der Beyschlaf in der Absicht, die Ehe dadurch wirklich einzugehen, geschehen sey, beruhet, daß dagegen kein Beweis zugelassen wird. Die vorzüglichsten Stellen aus den Decretalen der Päbste sind folgende.

Cap. 31. X. *de sponsalib. et matrim.* Gregorius *IX.* anno 1236. Si inter virum et mulierem legitimus consensus interveniat *de praesenti*, ita, quod unus alterum mutuo consensu, verbis consuetis expresso, recipiat, utroque dicente: *ego te in meam accipio, et ego te accipio in meum*: vel alia verba, *consensum exprimentia de praesenti*; sive sit iuramentum interpositum, sive non: non

licet alteri ad alia vota transire. Quod si fecerit, secundum matrimonium de facto contractum, etiam si sit carnalis copula subsequuta, separari debet, et primum in sua firmitate manere. Verum si inter ipsos accessit tantummodo *promissio de futuro*, utroque dicente alteri: *ego te recipiam in meam, et ego te in meum:* sive verba similia; si alius mulierem illam *per verba de praesenti desponsaverit*, etiamsi inter ipsam et primum iuramentum intervenerit, sicut diximus, de futuro: huiusmodi desponsationis intuitu secundum matrimonium non poterit separari, sed eis est de violatione fidei poenitentia injungenda.

Cap. 30. X. *eodem.* Idem Gregorius. Is, qui fidem dedit M. mulieri super matrimonio contrahendo, carnali copula subsequuta, etsi in facie ecclesiae ducat aliam et cognoscat, ad primam redire tenetur: quia, licet *praesumtum primum matrimonium* videatur, *contra praesumtionem tamen huiusmodi non est probatio admittenda!* Ex quo sequitur, quod nec verum, nec aliquod censetur matrimonium, quod de facto et postmodum subsequutum,

Cap. 3. X. *de sponsa duorum.* Alexander III. Licet praeter solitum etc. — consultationi tuae taliter respondemus, quod si inter virum et mulierem legitimus consensus (*sub ea solemnitate, quae fieri solet, praesente sacerdote, aut notario, et, sicut in quibusdam locis adhuc observatur, idoneis testibus*) interveniat *de praesenti*, ita quidem, quod unus alterum in suo mutuo consensu verbis con-

suetis expresse recipiat, utroque dicente: *ego te accipio in meam, et ego te accipio in meum:* sive sit iuramentum interpositum, sive non, non licet mulieri alii nubere. Et si nupserit, etiamsi carnalis copula sit sequuta; ab eo separari debet, et, ut ad primum redeat, ecclesiastica districtione compelli.

Bey dieser Eintheilung liegt also ein ausgedehnterer Begriff von Sponsalien zum Grunde, als in welchem sonst das Wort genommen wird, wie ich schon oben [78]) bemerkt habe.

Ueber den Ursprung dieser Eintheilung sind die Rechtsgelehrten nicht einerley Meinung. Nach eini-

78) S. Th. 22. §. 1190. S. 383. NETTELBLADT cit. Diss. §. 27. meint jedoch, es lasse sich die Eintheilung der Sponsalien in de praesenti und de futuro auch schon aus dem eigentlichen Begriff von Sponsalien herleiten, insofern nämlich *Sponsalia* ein pactum sind, quod declarando consensum sponsalitium initur. Denn sowohl bey den sponsalibus de praesenti als de futuro werde der consensus sponsalitius erklärt. Die Sponsalia blieben daher immer das genus. Indem nun der consensus sponsalitius entweder allein oder zugleich mit dem Eheconsens erklärt werden könne, kämen durch diese Bestimmungen zu dem Genus noch zwey differentiae specificae hinzu, und in dem ersten Falle wären es denn die sponsalia *de futuro*, in dem andern sponsalia *de praesenti*. Es wären daher sogut, wie sponsalia de futuro, wahre Sponsalien. Zwar würden die sponsalia de praesenti zuweilen auch matrimonium genennt, als *cap.* 14. X. *de convers. conjug.* und *cap.* 31. X. *de sponsal.* allein sie wären nur ein matrimonium ratum aber nicht consummatum.

gen [79]) soll sie eine Erfindung der Scholastiker seyn, welche dadurch die Meinungen der Kirchenväter, von denen einige die Sponsalien schon für eine wirkliche Ehe gehalten, mit einander zu vereinigen gesucht hätten. Daß nun einige Kirchenlehrer wirklich die Verlobten den Ehegatten gleichgestellet haben, ist nicht zu läugnen. Denn so sagt Isidor bey Gratian *can.* 6. *Caus. XXVII. Qu.* 2. Conjuges verius appellantur *a prima desponsationis fide*, quamvis adhuc ignoretur inter eos conjugalis concubitus; und schon früher sagte Augustinus ebendaselbst *can.* 9. das Nämliche: Conjux vocatur *a prima fide desponsationis*, quam concubitu non cognoverat Joseph, nec fuerat cogniturus, nec perierat, nec mendax manserat conjugis appellatio, ubi nec fuerat, nec futura erat ulla carnis commistio. Allein wie aus dieser Meinung einiger Kirchenväter, Verlobte seyen vor Gott schon wie Eheleute zu betrachten, jene Eintheilung der Sponsalien, und insonderheit Sponsalia de praesenti, als eine nicht kirchlich feyerliche Ehe, haben erdichtet werden können, ist nicht leicht einzusehen [80]). Nach Andern [81]) soll diese Eintheilung der Sponsalien sogar vom Augustin selbst ausgegangen seyn. Die Stelle, in welcher man den Ursprung dieser Eintheilung gefunden haben will, kommt in Gratians Decrete *can. ult. Caus. XXVII. Qu.* 2.

79) Boehmer iur. eccles. Protestant. Tom. III. Lib. IV. Tit. 1. §. 15. *Paul. Jos. a* Riegger Institut. iurisprud. eccles. P. IV. §. 4. und Gambsjäger iur. eccles. §. 202.

80) Balser cit. Comm. hat schon diese Meinung widerlegt.

81) *Franc.* Florens Comm. ad Quaest. 2. Caus. XXVII. in Operib. Tom. II. pag. 148. u. Wernher cit. Diss. pag. 4.

unter der Aufschrift Palea vor, und lautet so: Duobus modis dicitur fides, *pactionis* et *consensus*. Si aliquis alicui mulieri fidem fecerit pactionis, non debet aliam ducere. Si aliam duxerit, poenitentiam debet agere de fide mentita, maneat tamen cum illa, quam duxit. Non enim rescindi debet tantum sacramentum. Si autem fecerit fidem consensus, non liceat aliam ducere. Si autem duxerit, dimittet eam, et adhaerebit priori. Nach der Ueberschrift soll diese Stelle aus Augustinus de fide pactionis et consensus genommen seyn. Allein daß Augustinus ein solches Buch nie geschrieben, diese Stelle auch in den Werken des Augustinus nirgends gefunden werde, ist schon von Andern [82]) bemerkt worden. Ob nun wohl die paleae erst nach Gratian dem Decret sind beygefügt worden; so findet sich dennoch eine Erläuterung vom Gratian dabey folgenden Inhalts: Est autem *fides pactionis*, quando aliquis promittit fidem alicui, quod eam ducet, si permiserit ei rem secum habere, vel etiam pro consensu [83]). *Fides* autem *consensus* est, quando, etiamsi non stringit manum, corde tamen et ore consentit ducere, et mutuo se concedunt unus alii, et mutuo

82) S. *Ant.* Augustinus Not. ad prim. collect. Decretal. Lib. IV. Tit. 4. cap. 1. Berardi Gratiani canones. P. III. Cap. 19. pag. 314. sq. *Jud. Le* Plat Diss. de spuriis in Gratiano canonibus, in *Andr.* Gallandii Dissertation. Sylloge de vetustis canonum collectionibus Tom. II. (*Magontiaci* 1790. 4.) pag. 919.

83) *Fr.* Florens c. l. erklärt diese dunklen Worte so, daß der auf die Verlobung erfolgte Beyschlaf für die Erklärung der ehelichen Einwilligung zu halten sey.

se suscipiunt. Allein das dictum Gratiani fehlt, so wie der Text der Palea selbst, in vielen Handschriften, wie Böhmer in seiner Ausgabe des Canonischen Gesetzbuchs zum *can. ult.* bemerkt. Es ist also wohl zu glauben, was Le Plat sagt, daß diese insulsa sententia einen ineptum glossatorem zum Verfasser habe. Gleichwohl ist sie von Raymund aus der Compilation des Bernhard Circa in die Decretalensammlung Gregors IX. unter Augustins Namen aufgenommen worden, wo sie *cap. 1. de sponsa duorum* befindlich ist, und ist also nun immerhin zu den Stellen des canonischen Rechts zu zählen, welche die Eintheilung der Sponsalien in de praesenti und de futuro betreffen. Vergleicht man nun sämmtliche Stellen, so ist es sichtbar, daß die Päbste selbst auf diese Eintheilung verfallen sind, um darnach die Frage zu entscheiden, in wie fern von Sponsalien abgegangen werden könne, oder solche schlechterdings gehalten werden müßten. Die priesterliche Einsegnung konnten sie darum nicht füglich zur Entscheidungsnorm annehmen, weil die Sitten der christlichen Völker, über welche die Päbste herrschten, bey Schließung der Ehe sehr verschieden waren, die priesterliche Einsegnung aber nicht gleich Anfangs in der ganzen Christenheit gesetzlich vorgeschrieben war [84]. Um also die über Eheverlöbniße entstandenen Irrungen zu entscheiden, sahe man blos darauf, ob das Eheversprechen auf eine noch zukünftige Ehe ging, oder ob die Einwilligung in eine gegenwärtig zu schließende Ehe

84) S. Kayser Diss. de origine benedictionis sacerdotalis. §. 9. Balser cit. Commentat. §. 7 — 12. und *Car. Frid.* Zepernick Mantissa Commentation. Beckii libro de Novellis Leonis earumque usu et auctoritate adject. pag. 502 — 504.

war erklärt worden, und setzte in dem letzten Falle voraus, daß der Eheconsens wenigstens der Landes= und Ortsgewohnheit gemäß erklärt sey, wie aus der Parenthese des *cap.* 3. *X. de sponsa duorum* erhellet. Man erkannte dann eine solche Verlobung für eine wirkliche Ehe, ja für eine so gültige Ehe, daß wenn nachher eine neue Verlobung mit einer andern Person erfolgt war, solche schlechterdings wieder aufgehoben werden mußte, wenn auch der Beyschlaf hinzugekommen wäre. Wenn hingegen das Versprechen nur auf eine noch zukünftige Ehe ging, so hinderte solches die Schließung der Ehe mit einer andern Person nicht, ob man wohl auch über die Aufrechthaltung gültiger Sponsalien hielt, und daher die Untreue eines solchen Verlobten, der seine Braut verließ, für strafwürdig hielt; die einmal geschlossene Ehe selbst aber konnte nicht wieder getrennt werden, wenn auch die promissio *de futuro* matrimonio mit einem Eide war bekräftiget worden. Ein anderes wäre, wenn zu dem Eheversprechen de futuro der Beyschlaf hinzugekommen seyn sollte. Hier galt die nachher mit einer andern Person geschlossene Ehe nicht, wenn sie auch im Angesicht der Kirche wäre geschlossen, ja durch den Beyschlaf vollzogen worden wäre. Denn der Beyschlaf mit der zuerst Verlobten hatte die desponsatio de futuro in ein matrimonium praesumtum verwandelt. Warum man aber eine Verbindung, die doch schon wirklich eine Ehe war, mit dem Namen der Sponsalien bezeichnet habe, hat vielleicht seinen Grund darin, weil man die Kraft des Sacraments der Vereinigung Christi mit der Kirche nur eigentlich einer solchen Ehe beylegte, die von dem Priester eingesegnet, und durch den Beyschlaf vollzogen war. Denn wo von der Ehe, als einem Sacramente, die Rede ist, da geschieht auch der

kirchlichen Feierlichkeiten Erwähnung [85]), und daß die Ehe gleich Anfangs auf eine solche Art gestiftet sey, ut *praeter commistionem sexuum* non habeant in se nuptiae *conjunctionis Christi et ecclesiae sacramentum*, sagte schon Pabst Leo I. [86]). Nun erst war die Ehe secundum legem et evangelium geschlossen. Die nuptiae waren nun publicae, da vorher das matrimonium nur noch clandestinum war, wie aus *can.* 4. *Caus* XXX. *Qu.* 5. erhellet [87]). Die Ehe war nun erst consummirt, welche durch den consensus de praesenti, sofern er nur noch durch Worte erklärt war, zwar ratum aber noch nicht consummatum war. Profecto enim conjugium illud, quod non est *commixtione corporum* consummatum, sagt Innocenz III. [88]), non pertinet ad illud conjugium designandum, quod inter Christum et ecclesiam per incarnationis mysterium est contractum. Ich übergehe die irrigen Begriffe anderer, die schon Böhmer [89]) widerlegt hat.

85) S. *Can.* 1. *sqq. Caus.* XXX. *Qu.* 5. Eybel Introd. in ius eccles. Catholicor. Tom. IV. Lib. II. cap. 13. §. 364. pag. 306. und Balser cit Commentat. §. 15.

86) *Can.* 17. *Caus.* XXVII. *Qu.* 2. S. Berardi Canones Gratiani P. II. Tom. I. Cap. 42. pag. 270.

87) Dieser Canon, welcher dem Pabst Leo zugeeignet wird, ist vielmehr der *can.* 8. *Concilii Troslejani* vom Jahr 909, wo sich auf Augustin berufen wird. S. Berardi Canones Gratiani. P. II. Tom. I. Cap. 42. pag. 300.

88) *Cap.* 5. X *de bigamis non ordin.* I. 21.

89) Iur. eccles. Protestant. Tom. III. Lib. IV. Tit. 1. §. 24. sqq.

Nach dem neuern Kirchenrecht können sponsalia de praesenti nicht mehr durch bloße verba de praesenti entstehen, und eben so wenig werden sponsalia de futuro durch den hinzugekommenen Beyschlaf in eine Ehe verwandelt. Denn bey den Katholiken erkennt das Tridentinische Concilium [90]) keine Ehe für gültig, als wenn der Eheconsens vor dem competenten Pfarrer und in Gegenwart von wenigstens zwey Zeugen erklärt worden ist. Die Lehre der Decretalen kann also nur noch an den Orten Anwendung finden, wo das Tridentinische Concilium nicht angenommen worden ist [91]). Bey den Protestanten aber lassen sich Sponsalia de praesenti selbst im Sinne des canonischen Rechts nicht mehr denken, weil der Eheconsens anders nicht gültig erklärt werden kann, als unter der liturgischen Feyerlichkeit der priesterlichen Einsegnung [92]). Nach diesem Grundsatz kann also kein matrimonium ratum seyn, was nicht auch solemniter consummatum wäre, und es zeugt von einer Unkunde des canonischen Rechts, wenn man die bedingten Eheverlöbniße sponsalia de futuro, die unbedingten aber sponsalia de praesenti genannt, und so die Verordnungen

90) *De reformat. matrimonii. Sess. XXIV. Cap.* 1.

91) *Zeg. Bernh. van* Espen iur. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. XII. Cap. 5. §. 29. Oper. a *Giberto* editor. Tom. II. pag. 134. und *Car. Sebast.* Berardi Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. II. Cap. IV. Qu. 1. pag. 51.

92) Boehmer Princip. iuris canon. §. 363. Ohne Grund behauptet Gundling in Gundlingianis St. 10. Nr. I. §. 38. das Gegentheil. Denn ein matrimonium minus solemne giebt es unter protestantischen Privatpersonen in Deutschland nicht.

des canonischen Rechts von den sponsalibus de futuro und de praesenti auch in der evangelischen Kirche angewandt hat [93]. Ein Irrthum, der erst durch Böhmer [94]) berichtiget wurde. Eben so inconsequent und unrichtig ist es aber auch, wenn Nettelbladt [95]) sagt, es gäbe auch noch jetzt bey uns sponsalia de praesenti, denn eine Ehe könne bey uns nicht consummirt werden, nisi initis antea sponsalibus de praesenti. Ja sponsalia de futuro gingen auch bey uns durch den anticipirten Beyschlaf in sponsalia de praesenti über, obgleich die Verordnungen des canonischen Rechts in unseren Gerichten auf solche Sponsalien nicht angewendet werden könnten. Bey den Katholiken hingegen lassen sich noch sponsalia de praesenti im Sinne des canonischen Rechts auch selbst an den Orten gedenken, wo das Tridentinische Concilium gilt. Denn da die Erklärung des Eheconsenses in Gegenwart des Seelsorgers der Verlobten und zweyer Zeugen nur zur Gültigkeit des Ehecontracts erfordert, dieser aber erst durch die pristerliche Einsegnung vollzogen wird; so bleibt das matrimonium ratum noch immer vom matrimonio solemniter consummato unterschieden, und man erfordert sogar das letztere als nothwendig, wenn die Ehe zur Würde eines Sacraments erho-

93) So z. B. Carpzov iurisprud. eccles. Lib. II. Definit. 17. und schon vor ihm Luther von Ehesachen; in seinen Werken Th. 6. nach der Wittenb. Ausg.

94) Diss. de incongrua praxi doctrinae de sponsalibus de futuro et de praesenti cap. II.

95) Diss. de genuina sponsalium de praes. et de fut. notione. §. 42 — 44.

ben werden soll [96]. Und wenn es gleich nach dem Tridentinischen Concilium kein matrimonium praesumtum in dem Sinne mehr giebt, als solches nach dem canonischen Rechte durch den Beyschlaf unter gültig verlobten Personen entstand; so wird doch solches auch da, wo das Tridentinische Concilium gilt, unter Personen angenommen, welche lange Zeit als Mann und Frau mit einander gelebt, und eine wahre Ehe unter sich in kirchlicher Form geschlossen zu haben versichern, ob sie wohl solches darum zu beweisen nicht vermögen, weil der Pfarrer und die Zeugen, vor denen sie ihre Ehe geschloßen, verstorben sind, und das Kirchenbuch bey Gelegenheit einer Feuersbrunst mit verbrant ist [97]. Ein solches matrimonium inter parentes praesumtum kommt dann auch den Kindern zu statten, wenn deren eheliche Abstammung in Zweifel gezogen wird [98].

§. 1199 — 1202.

Wirkung der Sponsalien. Conventionalstrafe. Zwangskopulationen.

Soviel die Wirkungen der Sponsalien anbetrifft, so unterscheidet Hellfeld, zwischen heimlichen und öffentlichen Sponsalien. Jene hält er für nichtig, sie mögen nun entweder wegen Vernachläßigung der gesetzlich vorgeschrie-

96) Pehem Praelect. in ius eccles. univ. P. II. §. 441 — §. 444. et §. 502. Schenkl Institut. iur. eccles. Germ. P. II. §. 650. Not. *. Andere halten jedoch die priesterliche Einsegnung nur für eine solemnitas arbitraria. S. Riegger Instit. iurispr. eccles. Tom. IV. §. 60. Gambsjäger ius eccles. §. 218, pag. 439.

98) *L.* 9. *Cod. de nupt.* Boehmer iur. eccles. Protestant. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 17. §. 40.

benen Form, oder wegen Mangels der elterlichen Einwilligung für clandestin zu halten seyn [99]). Jedoch nimmt er den Fall aus, wenn schon der Beyschlaf hinzugekommen ist, die Trauung möge übrigens erfolgt seyn, oder nicht. Hier stehe den Eltern kein weiteres Recht zu auf Annullirung derselben zu klagen, und ihre Einwilligung zu versagen. Allein da diese Meinung, welche auch von mehreren Rechtsgelehrten behauptet werden will, schon oben [100]) näher geprüft, und widerlegt worden ist; so kann ich hier füglich darüber hinausgehen. In dem letzten Fall hingegen, da die sponsalia publica sind, behauptet er, daß solche Sponsalien eine obligatio und actio bewirken. Allein es ist hier wohl ein Unterschied zu machen zwischen dem römischen und canonischen Rechte. Jenes giebt aus den Sponsalien keine Klage. Zwar hatte ehemals in dem alten Latium aus dem Verlöbniß, wenn es mit der Feyerlichkeit einer Stipulation war geschlossen worden, eine actio ex sponsu Statt, welche auf eine Abfindung in Gelde gieng, die der Richter nach dem Interesse der Partheyen bestimmte. Allein sie galt, wie uns Gellius [1]) aus des

99) Diese Meinung habe ich ebenfalls oben S. 61. zu der meinigen gemacht. Man sehe auch *Phil.* HEDDERICH Diss. de sponsalibus clandestinis penitus proscribendis; in *Eius* Dissertationib. iuris ecclesiast. germ. Vol. I. Nr. XII. (*Bonnae*. 1783. 4. pag. 305—315.)

100) S. §. 1196. S. 46—50. Man vergleiche auch noch BROUWER de iure connubior. Lib. I. cap. 13.

1) *Noct. Atticar.* Lib. IV. cap. 4. Die Worte sind oben Th. 22. §. 1190. S. 379. f. angeführt worden. Man vergl. BROUWER lib. I. cap. 24. nr. 10. sqq. pag. 246 sqq. und *Jo.* D'AVEZAN Tr. de sponsalibus. Cap. 3. (*Thes. Meerm.* Tom. IV. pag. 321.)

Servius Sulpicius libro de dotibus benachrichtiget, nur so lang, bis durch die Lex Iulia die Civität in ganz Latium war eingeführt worden [2]). Nun galt auch hier das römische Recht, welches nicht einmal eine Klage aus Sponsalien giebt, die durch Stipulation geschloßen worden sind. Denn man verstand sie nur unter der stillschweigenden Bedingung, wenn nicht die Verlobten ihre Gesinnungen wieder ändern würden [3]), weil die Römer schlechterdings wollten, daß die Ehen blos aus Liebe und mit völlig freyer Einwilligung beyder Theile, aber nicht durch Zwang geschloßen werden sollten. Daher ist auch nach dem römischen Recht eine Conventionalstrafe bey Verlöbnissen ohne alle rechtliche Wirkung. Es gehören hieher folgende Stellen.

L. 134. *pr. D. de verbor. obligat.* Paulus *libro XV. Responsor.* Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gajo Sejo habenti filiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaji Seji filio Titiae desponderetur: et interpositum est instrumentum, *et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset.* Postea Gajus Sejus constante matrimonio diem suum obiit, et filia eius noluit nubere. Quaero, an Gaji Seji heredes teneantur ex stipulatione. Respondit, ex stipulatione, quae proponeretur,

2) Gellius sagt am angef. Orte: Hoc ius sponsaliorum observatum dicit Servius ad id tempus, quo civitas universo Latio *lege Julia* data est.

3) Daher werden auch die Sponsalien in den Gesetzen conditio, *L.* 1. *C. de sponsal.* und spes nuptiarum genennt. *L.* 6. *D. h. t.*

cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti *exceptionem doli mali* obstaturam: quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi, sive futura, sive iam contracta.

L. 2. Cod. de inutilib. stipulat. Imp. ALEXANDER A. Menophilo. Libera matrimonia esse antiquitus placuit: ideoque pacta, *ne liceret divertere,* non valere; et *stipulationes, quibus poenae irrogentur ei, qui quaeve divortium fecisset, ratas non haberi constat.*

L. 1. Cod. de sponsalib. Impp. DIOCLETIAN. *et* MAXIM. AA. et CC. Annonariae: Alii desponsatae *renunciare conditioni* [4]), et nubere alii non prohibentur.

L. 14. C. de nupt. Iidem. Neque ab initio matrimonium contrahere, neque dissociatum reconciliare quisquam cogi potest: unde intelligis, liberam facultatem contrahendi, atque distrahendi matrimonii transferri ad necessitatem non oportere.

L. 5. Cod. de sponsal. Impp. LEO et ANTHEMIUS AA. Erythrio P. P. Si cautio *poenam stipulationis* continens fuerit interposita, *ex utraque parte nullas vires habebit:* cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debeat.

4) Es bezieht sich dieses auf die Formel, deren man sich bey der einseitigen Aufkündigung der Sponsalien zu bedienen pflegte, und welche uns Gajus *L. 2. §. 2. D. de divort. et repud.* aufgezeichnet hat: *conditione tua non utor.* S. *Jo.* D'AVEZAN Tr. de sponsalib. cap. 11. (*Thes. Meerm.* Tom. IV. pag. 325.)

Es ist daher unbegreiflich, wie Hellfeld §. 1198. sagen kann: conventa poena exigi poterat [5]. Anders verhält sich's mit der arrha sponsalitia, dem Mahlschatz, welchen sich die Verlobten einander zum Zeichen des abgeschlossenen Verlöbnißes zu geben pflegen [6]) Diesen muß derjenige Theil, welcher ihn empfieng, wenn er einseitig das Verlöbniß ohne hinreichenden Grund aufkündiget, doppelt ersetzen. Nur der Minderjährige giebt bloß zurück, was er empfangen hat, wie aus folgender Verordnung erhellet:

L. 5. Cod. h. t. Impp. LEO et ANTHEMIUS AA. Erythrio PP. Mulier iuris sui constituta arrharum sponsalium nomine usque *ad duplum* teneatur, id est, in id, quod accepit, et aliud tantundem, nec amplius, si post completum vicesimum quintum annum, vel post impetratam veniam aetatis, atque in competenti iudicio comprobatam, huiusmodi arrhas suscepit. *In simplum* autem, id est, tantummodo in id, quod accepit, si minoris aetatis est: sive virgo sive vidua sit, sive per se, sive per tutorem, aut curatorem, vel aliam personam easdem arrhas acceperit. Patrem vero,

5) Ganz anderer Meinung ist er in seiner Diss. de effectu poenae conventionalis sponsalibus adjectae. *Jenae* 1760. §. 6 — 8.

6) In dem Theodosianischen Codex werden diese arrhae häufig *sponsalia* genennt. *L.* 6. *Cod. Th. de sponsalib.* (III. 5.) *L. un. C. Th. Si provinciae rector vel ad eum pertinentes sponsalia dederint. L. un. C. Th. Si nuptiae ex rescripto petantur.* wofür überall in den Justinianeischen Codex der Ausdruck arrhae sponsalitiae substituirt ist.

vel matrem legitimae aetatis constitutos, sive simul, sive separatim arrhas pro filia susceperint: avum etiam, vel proavum, si pro nepte vel pronepte, *in duplum* tantummodo convenit teneri. Quae ita custodiri censemus, si non propter personam, vel conditionem, vel aliam causam legibus, vel generalibus constitutionibus interdictam, futurum matrimonium constare prohibetur: tunc enim quasi nullo facto, utpote sine causa easdem arrhas praestitas, tantummodo reddi consequens esse praecipimus. — Quae omnia simili modo etiam *de sponsis* super recipiendis necne arrhis praestitis custodiri censemus [7]): *quadrupli videlicet poena* [8]), quae in anterioribus legibus definita erat, in qua et arrharum quantitas imputabatur [9]), cessante: nisi specialiter aliud ex communi consensu inter contrahentes de eadem quadrupli ratione placuerit.

7) Es ist also unrichtig, wenn *Franc.* Hotoman Obs. de iure connubiorum. Cap. 12. sagt: nur die Braut habe die empfangene arrha doppelt zurückgeben müssen, der Bräutigam aber habe nur die gegebene verlohren.

8) Dieser poena quadrupli gedenkt noch der Kaiser Theodos der Große *L. 6. Cod. Th. de sponsal. et L. un. C. Th. Si provinciae rector. Jac.* Gothofredus in Comment. ad L. 6. Cod. Th. de sponsal. Tom. I. Lib. III. Tit. 5. pag. 310. (der Ritter. Ausgabe) leitet diese Strafe aus der Lex Julia et Papia Poppaea her.

9) Allein nach einer Verordnung des Kaisers Honorius *L. un. Cod. Th. Si nuptiae ex rescripto pet.* sollte die arrha praecepto legum *cum quadrupli poena* zurückgegeben werden.

Statt aller weitern Interpretation können hier die Basiliken [10]) dienen, welche diese Constitution auf folgende Art paraphrasirt haben: Ἐὰν γυνὴ αὐτεξουσία τελείαν ἄγουσα τὴν ἡλικίαν ἀῤῥαβῶνας δεξαμένη, παραιτήσῃ τὸν γάμον, διπλοῦς ἀναδιδότω τοὺς ἀῤῥαβῶνας· εἰ δὲ καὶ ἐλάττων οὖσα, συγγνώμην ἡλικίας ἤτησε, καὶ ἀῤῥαβῶνας ἔλαβε, πάλιν τὸ διπλάσιον ἀναδιδότω. ἐὰν δὲ καὶ ἀφῆλιξ ἐστὶ, καὶ αὐτὴ συγγνώμην ἡλικίας οὐκ ἤτησεν, αὐτὸ τὸ ἁπλοῦν ὅπερ ἔλαβεν ἀποκαταστήσει. ἐι δὲ καὶ πατὴρ κόρης, ἢ μήτηρ ἀῤῥαβῶνας ἔλαβον ὑπὲρ θυγατρὸς τελείας ὄντες ἡλικίας, ἢ πάπωος, ὑπὲρ ἐκγόνης, παὶ αὐτοὶ εἰς τὸ διπλάσιον κατεχέσθωσαν, ἔιπερ δυναμένων προβῆναι τῶν γάμων, περαιτοῦνται ποιῆσαι. — Τὰ δὲ αὐτὰ καὶ ἐπὶ τοῦ μνηστῆρος λέγομεν τοῦ τὴν μνηστείαν παραιτησαμένου. τὸ δὲ τετραπλασιάξεσθαι τοὺς ἀῤῥαβῶνας, ὅτε ὁ μνηστὴρ, ἢ ἡ μνηστὴ παραιτεῖται τὸν γάμον, νῦν οὐ κρατεῖ· εἰ μὴ ἄρα ἰδικῶς ἀυτὸ τοῦτο συμφωνήσουσι. i. e. *Si mulier sui iuris constituta, et perfectae aetatis, arrhis acceptis exequi nuptias recusarit, duplas arrhas reddat. Sed et si cum minoris aetatis esset, veniam aetatis petiit, et arrhas accepit, rursus duplum reddat. Sin autem et minor sit, et aetatis veniam non petierit, simplum, quod accepit, restituet. Quod si pater puellae, vel mater arrhas pro filia susceperint, cum essent perfectae aetatis, vel avus pro nepte, ipsi quoque in duplum teneantur, si quidem nuptias, quae consistere poterant, adimplere recusent. — Eadem et de sponso dicimus, qui sponsalibus renuntiavit.*

10) Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 2. Const. 3. pag. 224.

Cum autem olim quadruplarentur arrhae, si sponsus aut sponsa nuptias exequi recusaret, hodie hoc abolitum est: nisi specialiter id pacto placuerit.

Uebrigens erhellet aus den letztern Worten dieses Gesetzes, daß doch im Falle einer gegebenen arrha auf den Rücktritt eine Strafe bedungen werden konnte, welche die gesetzliche überstieg, wenn man sich mit dieser nicht begnügen wollte, doch nicht über das quadruplum [11]. Außer diesen Fall soll keine Conventionalstrafe bey Sponsalien gelten.

Ich komme nun auf das canonische Recht. Ob daßelbe strenger über die Festhaltung eines Eheversprechens halte, als das römische Recht, und ob nach demselben eine Conventionalstrafe von Wirkung sey, oder noch andere Zwangsmittel zuläßig sind, um die Vollziehung der Ehe zu bewirken, ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Unser Hellfeld läugnet dieses §. 1198. Er sagt, das canonische Recht billige zwar eine ernstliche Ermahnung, aber keinen Zwang, wie er an einem andern Orte [12]) noch weiter ausgeführt hat. Eben dieser Meinung war auch schon vor ihm Franz Florens [13]). Für diese Meinung scheinen auch folgende Texte zu sprechen.

Cap. 2. X. *de sponsalib.* Innocentius III. [14]).

11) S. *Jac.* Cujacius Observation. Lib. XVI. cap. 34.

12) Diss. cit. de effectu poenae conventionalis sponsalib. adjectae. §. XI et XII.

13) Oper. iurid. cura I. C. Lorber a Störchen edit. Tom. II. p. 153.

14) Diese Inscription ist unstreitig unrichtig. Die Collectio Decretalium Alexandri III. Tit. LVIII. cap. 31. und der

Exon. Episcopo. Praeterea hi, qui de matrimonio contrahendo pure et sine omni conditione fidem dederunt, commonendi sunt, (*et diligentius exhortandi*) et modis omnibus inducendi, ut praestitam fidem (*vel iuramentum factum*) observent, (*et se, sicut promiserint, conjungant.*) Si autem se *adinvicem* admittere noluerint; ne forte deterius inde contingat, ut talem scilicet ducat, quam odio habet: videtur, quod ad instar eorum, qui societatem (*iuramento vel*) interpositione fidei contrahunt, et postea eandem sibi remittunt, hoc possit in patientia tolerari.

Allein die Ausleger [15]) sind alle darin einverstanden, daß dieser Text nicht von einer einseitigen Aufkündigung, sondern von einer solchen Aufhebung der Sponsalien redet, welche mit beyder Verlobten Einwilligung geschieht; in welchem Falle auch nicht einmal der Eid bindet.

Cap. 17. X. *eodem.* Lucius Rapalen. Episcopo. Requisivit a nobis tua Fraternitas, qua censura

Appendix ad Concil. Lateranense III. Pag. 50. c. 43. eignen diese Dekretale richtiger dem Pabst Alexander III. zu. Es wäre auch wider die chronologische Ordnung, eine Verordnung vom Pabst Innocenz III. den Verordnungen der Päbste Eugen und Alexander III. vorzusetzen, wie *Gonzalez Tellez* in Comm. ad h. cap. Tom. IV. pag. 11. bemerkt hat.

15) *Gonzalez Tellez* Comm. ad cap. 2. X. h. t. pag. 12. *Zeg. Bern. van* Espen iur. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. XII. Cap. 2. §. 11. und besonders *Car. Seb.* Berardi Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. II. Cap. 4. pag. 45.

mulier compelli debeat, quae, iurisiurandi religione neglecta, nubere renuit, cui se nupturam interposito iuramento firmavit. Ad quod breviter respondemus, quod (*mulier, quae se nupturam iuravit*) cum libera debeant esse (*de iure*) matrimonia, monenda est potius, quam cogenda: maxime cum coactiones difficiles soleant exitus frequenter habere.

Daß aber dennoch das canonische Recht es bey einer bloßen Ermahnung nicht wolle bewenden lassen, sondern auch Zwangsmittel, und Kirchencensuren gebilliget habe, lehren folgende Texte.

Cap. 10. X. *eodem.* Alexander *III.* Pictavien. episcopo (ann. 1180.) Ex litteris ven. fr. nostri, Silvani Episcopi accepimus, quod, cum duo nobiles viri sui episcopatus G. scilicet de Monstra, et B. de Mauritania, filios et filias impubescentes haberent, inter se convenerunt, quod eos mutuis adinvicem matrimoniis copularent. Et hoc tam patres, quam filii sub iuramento se promisere facturos: inter quos siquidem G. filiam alterius, consentiente patre, se semel et iterum iuravit ducere in uxorem. Quo volente ad alia vota migrare, eum episcopus compellere voluit, ut, quod iuraverat, adimpleret. Quia igitur praedicto G. periculosum est, contra suum iuramentum venire: frat. t. mandamus, quatenus, (*cum exinde fueris requisitus, utramque partem ante tuam convoces praesentiam, et rationibus hinc inde plenius auditis et cognitis*) si hoc tibi constiterit, eum moneas, et, si non acquieverit monitis, *ecclesiastica*

censura compellas, ut ipsam, *nisi rationabilis causa obstiterit*, in uxorem recipiat, et maritali affectione pertractet.

Cap. 22. X. *eodem.* Innocentius *III.* Fernatin. episcopo (ann. 1198.) Sicut ex litteris tuae fratern. accepimus, etc. — Quodsi forte per verba de futuro sponsalia cum utraque contraxit, iuramentum primum, sicut licite factum est, ipsum servare *compellas*, de secundo ei poenitentiam iniuncturus.

Nun meint zwar Hellfeld [16], der Entscheidungsgrund in den beyden letzten Texten beruhe darin, weil das Verlöbniß mit einem Eide bekräftiget worden. Allein dieß war ja auch der Fall in den beyden vorigen Texten. Es läßt sich also wohl kein Widerspruch annehmen, und noch weniger behaupten, daß das *cap.* 17. h. t. dem *cap.* 10. derogire, da auch das *cap.* 22. von einem Zwange spricht. Gewiß ist es übrigens, daß das canonische Recht keinen absoluten Zwang Statt finden lassen wolle, weil ein solcher Zwang der Natur der ehelichen Verbindung offenbar zuwider ist, und gewöhnlich einen schlimmen Ausgang zu haben pflegt, wie auch in den beyden ersten Texten selbst gesagt wird [17].

Ob aber nach dem canonischen Rechte eine Conventionalstrafe bey Eheverlöbnissen von Wirkung sey, ist sehr

16) Cit. Diss. §. 12.

17) S. *van* Espen iur. eccl. univ. P. II. Sect. I. Tit. XII. Cap. II. §. 3. und *J. H.* Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. 1. §. 51—53.

streitig. Viele [18]) verneinen es, und eben soviele [19]) streiten für die Gültigkeit derselben. Alles kommt auf die

18) *Jac.* Cujacius Comm. ad cap. 29. X. de sponsalib. (Oper. a *Fabroto* editor. Tom. III. pag. 320.) *Jo.* D'Avezan Tr. de sponsalib. cap. 3. (in *Th. Meerm.* Tom. IV. pag. 321.) Gonzalez Tellez Comm. ad cap. 29. X. de spons. Tom. IV. pag. 63 sqq. *Plac.* Boeckhn Comm. ad ius canon. Lib. IV. Tit. 1. nr. 18. sqq. *Jo. Paul.* Lancelottus Institut. iuris canon. Lib. II. Tit. 10. §. 21. Sanchez de matrimonio. Lib. I. Disp. 36. Cypraeus de sponsalib. Cap. VIII. nr. 18. *Car. Seb.* Berardus Commentarior. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. II. Cap. 3. pag. 42. (edit. *Venet.* 1778. 4.) *Aug. a* Leyser Meditation. ad Pand. Vol. V. Spec. CCXC. III. medit. 6. *Phil.* Hedderich Diss. de fide pactionis rupta per factam alteri consensus matrimonialis fidem condemnando ad poenam stipulatam, aut quanti interest haud vindicanda; in *Eius* Dissertation. iuris eccles. germ. Vol. I. (*Bonnae* 1783. 4.) Diss. V. pag. 103. *Jos. Jo. Nep.* Pehem Praelection. in ius eccles. univ. P. II. §. 424. Ant. Michl Kirchenrecht für Katholiken und Protestanten. §. 61. S. 282. Alb. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 724. u. a. m.

19) *Jac.* Wiestner Institut. iur. eccles. Lib. IV. Tit. 1. nr. 81 et 82. *Anacl.* Reiffenstuel Iur. canon. univ. Lib. IV. Tit. 1. §. 7. nr. 187—199. *Lud.* Engel Colleg. univ. iuris canon. Lib. IV. Tit. 1. §. 2. nr. 7. *J. H.* Boehmer Iur. Eccles. Protestant. Lib. IV. Tit. 1. §. 129 et 130. *Bened.* Oberhauser Praelection. canon. Lib. IV. Tit. 1. §. 11. *Ant.* Schmidt Institut. iur. eccles. germ. Tom. II. §. 75. Not. *) pag. 98. *Franc. Xav.* Zech Diss. de sponsalibus academicor. absque parentum consensu contractis. *Ingolst.* 1757. Art. VIII. (in *Ant.* Schmidt *Thes. iur. eccl. germ.* Tom. VI. pag. 572. sqq.) *Jo. Aug.* Hellfeld Diss. de effectu

richtige Erklärung des *cap.* 29. X. *de sponsalib. et matrimon.* an. Hier rescribirt der Pabst Gregor IX. folgendermassen. Gemma mulier nobis exposuit, quod, cum T. filia eius cum C. contraxit matrimonium, B. de Alferio ea occasione, quod inter P. filium suum, et praedictam puellam, intra septennium constitutos, sponsalia contracta fuerunt, poenam solvendam a parte, quae contraveniret, in stipulatione appositam, ab ipsa nititur extorquere. Cum itaque libera matrimonia esse debeant, et ideo talis stipulatio propter poenae interpositionem sit merito improbanda: mandamus, quatenus, si est ita, eundem B. ut ab extorsione praedictae poenae desistat, ecclesiastica censura compellas.

Die Tochter der Gemma, T. wir wollen sie Teutberga nennen, war noch nicht sieben Jahre alt, als sie mit dem Sohne des B. Alpherius P. er mag Publius heissen, auch nicht älter, mit beyder Eltern Willen auf eine

poenae convent. sponsalibus adjectae. §. 30. sqq. *Paul Jos.* a RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. IV. §. 16. *Car. Frid.* ZEPERNICK Quibus ex causis Novellae Leonis Sapientis in Germania receptae dici nequeant conjecturae. §. 14. adj. *Casp. Achat.* BECK libro sing. de Novellis Leonis earumq. usu et auctor. *Halae* 1779. 8. pag. 478—486. Aug. Lud. Schott Eherecht. §. 149. Not. *) *Car. Christph.* HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. germ. Tom. I. §. 390. *Chr. Gottl.* HAUBOLD ad Bergeri Oecon. iur. T. I. pag. 115. Not. f. Ad. Diet. Weber syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 84. Ant. Fried. Just. Thibaut System des Pand. Rechts. 1. B. §. 418. der der 4. Ausgabe u. a. m.

solche Art verlobt wurde, daß derjenige von den Eltern dessen Sohn oder Tochter zu der Zeit, da das Eheversprechen vollzogen werden konnte, demselben entgegen handeln würde, eine auf diesen Fall in dem Vertrage bestimmte Geldstrafe bezahlen sollte. Teutberga, nun mannbar, denkt nicht mehr an das während ihrer Unmündigkeit geschehene Eheversprechen, sie verläßt ihren Bräutigam Publius Alpherius, und heyrathet einen Andern, der in unserm Text C. genennt wird, wir wollen ihn Colestin nennen. Alpherius, des Publius Vater, konnte zwar diese Ehe nicht hindern, es war ihm aber doch auch nicht gleichgültig. Er verlangt also von der Mutter der Teutberga die auf diesen Fall stipulirte Geldstrafe. Die Gemma nimmt ihre Zuflucht zum Pabst Gregor IX. und bittet um eine Entscheidung, ob unter den angeführten Umständen die Conventionalstrafe gültig sey? Der Pabst rescribirt, wenn sich die Sache wirklich so verhalte, (si est ita) so sey eine solche Pönalstipulation billig zu verwerfen, weil die Freiheit der Ehe, welche den Unmündigen, die man schon während ihrer Unmündigkeit verlobt hat, nach erreichter Mündigkeit zu gestatten ist, durchaus nicht gehindert werden darf. An wen der Pabst dieses Rescript erlassen hat, ist unbekannt. Ohne Zweifel aber war es ein Bischof, welchem Gregor auftrug, daß er den B. durch Auflegung einer Kirchenstrafe nöthigen sollte, von der Erpressung der gedachten Conventionalstrafe abzustehen. Von Rechtswegen. Denn Erstens war das ganze Eheverlöbniß nichtig, weil die Verlobten noch nicht sieben Jahre alt waren [20]; sie waren also auch in ihrer Kindheit schlechterdings nicht fähig, etwas zu versprechen. Es war folglich auch das Versprechen der Eltern ungültig,

20) *Cap. 4. et 5. X. de despons. impuber.*

da ihnen kein Recht zustand, ihre Kinder zur Heyrath zu nöthigen. Gesetzt aber auch zweytens die Verlobten hätten zu der Zeit, da sie von ihren Eltern versprochen wurden, das Alter erreicht, in welchem Unmündige Sponsalien eingehen können; so ist doch schon oben[21]) bemerkt worden, daß solche Sponsalien als bedingte anzusehen sind, welche erst auf den Fall vollkommen gültig werden, wenn nach eingetretener Mündigkeit davon nicht abgegangen wird. Diese Freyheit aber, von dem Verlöbniß nach erreichter Mannbarkeit wieder abzugehen, steht den verlobten Unmündigen in einem so unbeschränkten Grade zu, daß auch in diesem Falle die Conventionalstrafe von keiner Wirkung seyn kann[22]). Da nun diese Entscheidungsgründe blos auf die Verlobungen unmündiger Personen passen, von denen auch der Text selbst ausdrücklich spricht; so läßt sich denn doch wohl daraus nicht ohne Grund schließen, daß diese Verordnung auf solche Sponsalien, welche gleich anfangs auf eine vollkommen gültige und verbindliche Art geschlossen worden sind, nicht ausgedehnt werden dürfe. Es ist indessen nicht zu läugnen, daß sich gegen diese Erklärung noch Manches einwenden läßt. Erstens, die Entscheidungsgründe sind doch ganz allgemein gefaßt: *cum libera matrimonia esse debeant, et ideo talis stipulatio propter poenae interpositionem sit merito improbanda.* Der Pabst scheint also das Römische Recht bestätigt zu haben, welches die Conventionalstrafe bey allen Sponsalien verwirft, weil sie der Freiheit der Ehe hinderlich ist. Wenn nun auch zwey-

21) S. den 22. Th. §. 1192. S. 415. f.

22) Bernhard sagt in der Glosse zum cap. 29. not. a. *Sed si post VII. annos forte consenserunt, et tenuerunt sponsalia, poena tamen non tenuit.*

tens der Text selbst in der Geschichtserzählung von Sponsalien spricht, die unter solchen Personen geschlossen worden, welche noch Kinder waren; so lehrt doch der Zusammenhang, daß der Pabst nur einen an sich schon als Gesetz geltenden Rechtssatz auf den vorgetragenen besondern Fall durch bloßes Urtheil anwenden, keinesweges aber darauf die Entscheidung selbst einschränken wollte; weil dann der Gesetzgeber nicht nöthig gehabt hätte, die Entscheidungsgründe aus dem römischen Rechte herzunehmen, sondern genug gewesen wäre, wenn er gesagt hätte; weil die Sponsalien an sich nichtig sind, so könne auch die stipulirte Strafe von keiner Wirkung seyn. Endlich drittens, Bernhard, der Verfasser der Glosse zu den Decretalen Gregors IX. und ein Zeitgenoß desselben, von dem man also wohl erwarten kann, er werde das Kirchenrecht seines Zeitalters verstanden haben, sagt in seiner Glosse zu dem cap. 29. *Nota, quod matrimonia sive sponsalia libera debent esse ab omni coactione personae vel pecuniae, et si poena fuerit apposita, non tenet promissio sive stipulatio poenae.* Er stellt es also hier als einen allgemeinen Satz auf, daß die Conventionalstrafe bey Verlöbnissen unverbindlich sey, weil Ehen und Verlobungen durchaus von allem Zwange frey seyn müßten. Gleichwohl besteht das canonische Recht auf Festhaltung des Eheversprechens, befiehlt, den Widerspenstigen zu ermahnen, und, wenn Ermahnungen nichts helfen, denselben durch Kirchen-Censuren zur Erfüllung seines Versprechens anzutreiben. Ist denn nicht die Conventionalstrafe ein gelinderes Mittel, als die Kirchen-Censur, zumal wenn letztere, wie die Glosse will, in einer Excommunication besteht? Daß das römische Recht keine Conventionalstrafe gelten läßt, hängt mit dem angenommenen Grundsatze einer unbeschränkten Freyheit der Ehe vollkommen zusammen. Al-

lein das canonische Recht billiget geistliche Zwangsmittel, und dennoch soll die Conventionalstrafe ohne Wirkung seyn, weil sie die Freiheit der Ehe hindert? Welch ein auffallender Widerspruch in dieser Gesetzgebung! Selbst das römische Recht ist inconsequent. Es erlaubt in einer und derselben Constitution [23]), sich auf den Fall der verweigerten Erfüllung des Eheversprechens den vierfachen Ersatz des gegebenen Mahlschatzes auszubedingen, und doch soll, außer dem Fall einer gegebenen arrha, die Conventionsstrafe schlechterdings ungültig seyn. Nach dem heutigen Rechte ist indessen die Gültigkeit der Conventionalstrafe bey den Verlobungen der Mündigen keinem Zweifel unterworfen [24]). Man ist auch darin schon längst einig, daß diese Gültigkeit nicht aus der Novelle 18. des Kaisers Leo Sapiens [25]), sondern aus teutschen schon längst vor deren Bekanntwerdung herrschend gewesenen Sitten herzuleiten sey [26]). Es hat überhaupt auch heutzutage gar keinen Zweifel, daß aus einem gültig geschlossenen und unbedingten Eheverlöbniß eine voll-

23) *L.* 5. *Cod. h. t.*

24) *Henr.* BROUWER de iure connubior. Lib. I. cap. 24. nr. 26. *Sam.* STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 4. und *Eiusdem* Tr. de dissensu sponsalitio. Sect. I. §. 14. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Diss. de poena conventionali. Th. 46 et 47. und HELLFELD cit. Diss. §. 29. 32. et sqq.

25) *Jo. Henr. de* BERGER Oecon. iur. Lib. I. Tit. III. Th. 6. Not. 2. und *Casp. Achat.* BECK de Novellis Leonis earumque usu et auctoritate lib. sing. §. 42. wollen behaupten, die *Nov.* 18. des Kaisers Leo sey in der Praxis recipirt.

26) S. vorzüglich *Car. Frid* ZEPERNICK angeführte treffliche Schrift: Quibus ex causis Novellae Leonis sapientis in Germania receptae dici nequeant. §. 14. pag. 483. sqq.

kommene Verbindlichkeit entsteht, die Ehe zur bestimmten Zeit zu vollziehen, welche ein wechselseitiges Recht giebt, auf Vollziehung der Ehe zu klagen. Man nennt diese Klage die Eheklage, *actio matrimonialis*, *actio ex sponsu*, oder *condictio ex sponsalibus* [27]), welche nach dem gemeinen Kirchenrechte bey den geistlichen Gerichten angebracht werden muß [28]). Um den widerspenstigen Theil zur Vollziehung der Ehe geneigt zu machen, finden auch Zwangsmittel Statt, jedoch nur dann erst, wenn der Weg der Güte und Aussöhnung vergebens versucht worden, auch Androhung von Strafen fruchtlos gewesen [29]). Hellfeld läßt dann eine Geld- oder Gefängnißstrafe von etlichen Wochen eintreten. Haben nun alle diese Mittel den beabsichtigten Erfolg nicht gehabt; so findet kein weiterer Zwang Staatt, sondern es wird der widerspenstige Theil in die Kosten, und zu einer verhältnißmäßigen Genugthuung und Abfindung des unschuldigen Theils verurtheilt [30]). Die ältere Praxis hielt zwar den absoluten Zwang alsdann für zuläßig, wenn zu dem gültigen Eheverlöbniß der Beyschlaf hinzugekommen, oder der widerspenstige Theil Genugthuung zu leisten unvermögend ist [31]). Allein

27) S. *Jo. Christ.* WINKLER Diss. qua disquiritur, quaenam actio a desponsatis ad matrimonium consummandum institui possit? *Goett.* 1783. und Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 294—298.

28) *Ge. Lud.* BOEHMER Princ. iur. can. §. 341.

29) S. MEVIUS P. III. Decis. 383.

30) S. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 392. und BOEHMER Princip. iur. canon. §. 371.

31) CARPZOV Iurispr. eccles. Lib. II. Def. 135. STRYK Tr. de dissensu sponsalitio. Sect. II. §. 49. BOEHMER iur. eccl. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. 1. §. 55. et 56. und *G. L.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 371.

da sich dieses Verfahren noch auf den altkanonischen, durch das neuere Kirchenrecht längst aufgehobenen Satz gründete, daß durch den hinzugekommenen Beyschlaf sponsalia de futuro in sponsalia de praesenti, und also in eine wirkliche Ehe verwandelt würden, und überdem eine auf solche Art erzwungene Ehe schlimme Folgen befürchten läßt; so verwirft die neuere Praxis mit Recht jene Zwangs-Copulationen, und hält es für zweckmäßiger, die Ehe durch richterliches Erkenntniß in Absicht auf die bürgerlichen Wirkungen derselben zum Vortheil der Braut und ihres Kindes für vollzogen zu erklären [32]).

Wenn Leyser [33]) behaupten will, daß die Eheklage unter zwey Jahren nicht angestellt werden könne, und früher auch kein Zwang zuläßig sey, so ist dazu kein hinreichender Grund vorhanden. Die Gesetze [34]) worauf er sich beruft, beweisen wenigstens seine Meinung nicht. Sie enthalten blos Entschuldigungs-Gründe für die Aufschiebung oder gänzliche Aufhebung gültig geschlossener Eheverlöbniße [35]).

32) *Frid. Es. a* Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 210. et T. IV. Obs. 245. Hofacker Princ. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 392. in fin. Schnaubert Grundſ. des Kirchenrechts der Protestanten. §. 231. Schott Eherecht. §. 151. Not. 3. Thibaut Syst. des Pandect. Rechts. 1. B. §. 416. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 724.

33) Medit. ad Pand. Vol. V. Specim. CCXC. medit. 8.

34) *L.* 17. *D. h. t.* *L.* 2. *Cod. eodem.*

35) S. *Car. Ferd.* Hommel Epit. iuris sacri. Cap. 53. §. 40. und *Mich. God.* Wernher lectiss. Comment. in Pand. T. II. h. t. §. 17.

§. 1203.

Aufhebung der Sponsalien.

Verlöbniße werden aufgehoben,

1) durch den Tod des einen Verlobten. Was in diesem Falle wegen des Mahlschatzes, und der übrigen Brautgeschenke Rechtens ist, wird unten der §. 1226. lehren.

2) Durch Einwilligung beyder Theile. Diese Aufhebung ist den Verlobten erlaubt, wenn gleich das Eheverlöbniß durch einen Eid bestärkt worden [36]), oder auch der Beyschlaf hinzugekommen wäre. Denn der Eid ändert die Natur des Geschäfts nicht, welches dadurch bestärkt werden sollte, und hebt die Freyheit nicht auf, die den Verlobten auch ohne den Eid zukommen würde [37]). Der Beyschlaf aber verwandelt nach dem neuern Kirchenrecht die Sponsalien nicht mehr in eine Ehe [38]). Ob aber nicht, außer der Uebereinkunft beyder Theile, Vorwissen und Mitwirkung des geistlichen Gerichts erforderlich sey, ist streitig.

36) *Cap.* 29. §. 1. *X. de iurejar. Cap.* 2. *X. de sponsal. Car. Seb.* Berardus Commentarior. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. II. Cap. 4. pag. 45. *Paul Jos. a* Riegger Institut. iurisprud. eccles. P. IV. §. 22. *Jos. Jo. Nep.* Pehem Praelection. in ius eccles. univ. P. II. §. 426.

37) *Jac.* Cujacius Commentar. in libr. IV. Decretal. ad cap. 2. X. h. t. (*Oper.* a Fabroto editor. Tom. III. pag. 299.) und *Zeg. Bern. van* Espen Iur. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. 12. Cap. 2. §. 11. (*Oper.* a Gibert editor. Tom. I. p. 127.)

38) Schmalz Handbuch des canonischen Rechts. §. 289.

Mehrere berühmte Rechtsgelehrten [39]) wollen dieses behaupten, und glauben, daß ihnen das canonische Recht hierin zur Seite stehe. Es ist auch nicht zu läugnen, daß das *cap.* 2. *X. de sponsalibus* ausdrücklich verlangt, die Verlobten sollen vor allen Dingen erst nachdrücklich ermahnt, und auf alle Art veranlaßt werden, das einander gegebene Versprechen zu halten, ehe man sie von einander scheiden lassen soll. Allein es ist zu erwägen, daß daselbst von einem eidlich bestärkten Eheversprechen die Rede ist. War es nun auch an sich keinem Bedenken unterworfen, daß die Aufhebung eines gültigen Verlöbnisses mit beyder Theile Einwilligung geschehen könne; so verursachte doch der hinzugekommene Eid darum Bedenklichkeit, weil der Pabst es nicht für rathsam hielt, es zuzulassen, daß man nach Gefallen seinem Eide entgegen handle; es schien ihm selbst dem gemeinem Wohle daran zu liegen, daß ein eidlich bestärktes Versprechen erfüllt werde [40]), besonders da nach dem herrschenden Geist seines Zeitalters der Gebrauch des Eides bey Verträgen, und vorzüglich bey Sponsalien so häufig war, daß fast kein Verlöbniß geschlossen wurde, welches man nicht durch den Eid bestärkte [41]). Um nun der daraus entstehenden Geringschätzung des Eides

39) *Sam.* STRYK Tr. de dissensu sponsalitio. Sect. III. §. 36. *J. H.* BOEHMER Iur. Eccles. Prot. Tom. III. Lib. IV. Tit. 1. §. 161. *Jo. Henr. de* BERGER Oecon. iuris. Lib. I. Tit. 1. §. 7. *Henr.* BROUWER de iure connubior. Lib. I. cap. 28. nr. 56. *Salom.* DEYLING Institut. prudent. pastoral. P. III. Cap. 6. §. 60. u. a. m.

40) *Cap.* 8. *X. de iureiur.*

41) *Cap.* 4. 5. 9. 10. 12. 13. 16. 17. 22. *X. h. t. Cap.* 3. *X. de condit. apposit. Cap.* 6. *X. Qui clerici vel voventes.*

entgegen zu kommen; hatte es der Pabst Alexander III. zur unverbrüchlichen Regel gemacht, daß ein jeder Eid gehalten werden müße, dessen Erfüllung nicht dem ewigen Heil der Seele nachtheilig ist; und hierauf hielt er so streng, daß er auch sogar in einem solchen Falle auf dessen Erfüllung bestand, wo die Erfüllung der Verbindlichkeit, zu welcher der Eid hinzugekommen war, an sich ganz zwecklos ist; blos um die Menschen beym Gebrauche des Eides vorsichtiger zu machen, wenn sie sähen, daß der Eid schlechterdings gehalten werden müße, wo ihn die Religion nicht selbst verwirft [42]. Ein Beyspiel giebt das eidliche Versprechen unerlaubter Zinsen, welche nach einer Verordnung desselben Pabsts [43], um des Eides willen, bezahlt, obgleich von dem Gläubiger wieder zurückgegeben werden müssen; und eben so soll nach einer andern Verordnung dieses Pabstes [44] das eidliche Eheversprechen durch Vollziehung der Ehe erfüllt werden, wenn gleich der andere Theil ins Kloster zu gehen Willens wäre; da doch sonst das Klostergelübde nach dem canonischen Rechte die Sponsalien aufhebt [45]. Eben so wollte denn nun auch dieser Pabst, daß die Verlobten ein eidlich bestärktes Eheversprechen zu erfüllen, auf alle Art veranlaßt werden möchten. Nur dann, wenn sie auf keine Weise, sich einander zu heyrathen, hätten bewogen werden können, könne man die Aufhebung des Eheverlöbnißes geschehen

42) Berardus c. l. Cap. 4. Quaest. 5. pag. 56.

43) *Cap.* 6. *X. de iureiur.*

44) *Cap.* 16. *X. de sponsalib.* Man sehe über diese Stelle besonders Berardus c. l. pag. 56—58.

45) *Can.* 27. *et* 28. *Caus. XVII. Qu.* 2. *Cap.* 7. *et* 14. *X. de convers. conjugator. Cap.* 1. *X. de cleric. conjugat.*

lassen, so wie denn auch eine eidlich errichtete Societät mit Einwilligung der Interessenten wieder aufgehoben werden könne. Dieß ist der eigentliche Gesichtspunkt, aus welchem das *cap.* 2. X. h. t. zu beurtheilen ist, wie vorzüglich Berardi[46]) gezeigt hat. Es ist also hier zwar von einer Ermahnung, aber weder von einer gerichtlichen Untersuchung, noch von einem richterlichen Erkenntniß die Rede. Katholische[47]) und evangelische Rechtsgelehrten[48]) sind daher darin einverstanden, daß gültig geschlossene, selbst eidlich bestärkte Eheverlöbnisse, ohne alle Feierlichkeit, und ohne die Nothwendigkeit einer richterlichen Darzwischenkunft, mit beyder Theile Einwilligung, aufgehoben werden können. Es ist jedoch auch hierbey zugleich auf die Provincial-Gesetze eines jeden Orts Rücksicht zu nehmen. Denn so dürfen in Baiern[49]) und Sachsen[50]) gültig geschlossene Sponsalien nicht ohne Vorwissen und Mitwirkung der Obrigkeit von den Verlobten selbst aufgehoben werden. Außerdem

46) Cit. loco pag. 56. sqq.

47) Esten iur. eccles. univ. Tom. I. P. II. Sect. I. Tit. 12. Cap. 2. §. 22. Riegger Institut. iurisprud. eccles. P. IV. §. 25. Pehem Praelect. in ius eccles. univ. P. II. §. 428.

48) *Ge. Fried.* Deinlin Observation. iuris miscellanear. Cap. V. de mutuo dissensu sponsalitio solo absque Consistorii cognitione et auctoritate valido atque efficaci. *Altorf.* 1745. *Ge. Lud.* Boehmer Princip. iur. canon. §. 372. Hofacker Princ. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 396. Wiese Handbuch des gemeinen in Teutschland üblichen Kirchenrechts. 2. Th. §. 271.

49) S. Ant. Michl's Kirchenrecht. §. 61. S. 284.

50) S. Haubold ad *Bergeri* Oecon. iur. Tom. I. Lib. I. Tit. 3. Th. 7. not. b.

könnte zwar vielleicht richterliche Auctorität eintreten, um eine Aussöhnung zu versuchen, aber über diesen Zweck kann sie nie ausgedehnt werden[51]).

3) Durch einseitige Auffagung. Eine solche Trennung gültiger Sponsalien, welche aus einer rechtmäßigen Ursache bey Lebzeiten der Verlobten wider den Willen des Andern geschieht, wird im eigentlichen Sinn *Repudium* genennt[52]). Das römische Recht erfordert zwar auch zur Renunciation eines Eheverlöbnisses, keine rechtmäßige Ursach, die bloße Formel: *conditione tua non utor*, war hinreichend[53]). Eine iusta causa kam nur dann in Betrachtung, wenn vom Verlust, oder doppelten Ersatz der arrha die Rede war[54]). Allein das canonische Recht erlaubt einseitige Aufhebung der Eheverlöbniße nur, wenn eine rechtmäßige Ursache dazu vorhanden ist[55]). Das Daseyn einer solchen Ursach hebt nun entweder das Verlöbniß ipso iure auf, wie z. B. in dem Falle, da der katholische Bräutigam in den geistlichen Stand tritt, und die höhere geistliche Weihe empfängt[56]; oder wenn die Bedingung, unter welcher das Verlöbniß geschlossen wor-

51) Schott Einleitung in das Eherecht. §. 155. Not. **. und Thibaut System des Pandectenrechts. 1. B. §. 419.

52) *L.* 101. §. 1. *et L.* 191. *D. de Verb. Signif.* Brouwer de iure connubior. Lib. I. cap. 25.

53) *L.* 2. §. 2. *D. de divort. et repud. L.* 1. *Cod. de sponsalib.* S. *Jo.* D'Avezan Tr. de sponsalib. Cap. 11.

54) *L.* 5. *Cod. de sponsalib.*

55) *Cap.* 10. *X. h. t.*

56) *Cap.* 1. *X. de cleric. conjug.*

den, nicht eingetreten ist [57]); oder sie giebt nur ein Recht, auf die Aufhebung des Eheverlöbnißes zu klagen, welche Klage dann die Repudienklage, (*actio repudii*) genennt wird [58]); oder sie gewährt eine Einrede gegen die von dem andern Theile angestellte Eheklage, (*exceptio repudii*). Rechtmäßige Ursachen, welche eine Repudienklage, oder die exceptio repudii begründen, sind,

I) Verletzung der Verlöbnißtreue a) durch unzüchtigen Umgang mit andern Personen [59]); in welchem Falle auch ein beschwornes Eheverlöbniß nicht bindet [60]). Das canonische Recht [61]) spricht zwar nur von der Braut, die sich nach dem Verlöbniß der Hurerey ergiebt, und will eine vorher geführte unzüchtige Lebensart für keine rechtmäßige Ursach gelten lassen. Allein man wendet dieses Gesetz mit Recht auch auf den Bräutigam an [62]), und unterscheidet

57) *Cap.* 5. *et* 6. *X. de condit. apposit.*

58) S. Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 304—308.

59) *L.* 5. *Cod. h. t.* verb. post arrhas autem sponsalitias sponsa coniugium sponsi *propter turpem vel impudicam conversationem* recusaverit.

60) *Cap.* 25. *X. de iureiur.* — Si quis iuraverit, se ducturum aliquam in uxorem, non potest ei fornicationem opponere *praecedentem*, sed *subsequentem* ei potest opponere, ut illam non ducat in coniugem: quia in illo iuramento talis debet conditio subintelligi, si videlicet illa contra regulam desponsationis non venerit.

61) *Cap.* 25. *cit.*

62) *Can.* 4. *Caus. XXXII. Qu.* 4. *can.* 20. *C. XXXII. Qu.* 5. *Can.* 2. *Caus. XXXII. Qu.* 6. S. Berardi Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. II. Cap. 4. pag. 48. Nach dem römischen Rechte hat dieses an sich keinen Zweifel. *L.* 5. *Cod. h. t.* verb. *His illud.*

nicht ohne Grund, ob die früherhin getriebene Unzucht des Einen dem Andern zur Zeit des geschlossenen Eheverlöbnisses bekannt gewesen, oder nicht, so daß zwar nicht in dem ersten, wohl aber in dem letzten Falle das Eheversprechen aufgesagt werden könne [63]. b) Durch geschlossenes Verlöbniß mit einer andern Person. c) Durch heimliche Entweichung in ein fremdes Land [64]. d) Durch ungebührliche Zögerung in Vollziehung des Eheversprechens. Das römische Recht hat hier eine gewiße Zeit bestimmt. Wenn nämlich der Bräutigam, welcher in derselben Provinz wohnt, die Braut zwey Jahre, wenn er sich aber außer der Provinz auf Reisen befindet, drey Jahre vergebens auf sich warten läßt. Es gehören hierher folgende Verordnungen.

L. 2. *Cod. h. t.* Imp. Constantius [65]) A. et Constans C. ad *Pacatianum* P. P. [66]). Si is, qui

63) S. Boeckn Comm. ad Tit. de sponsalib. nr. 149. et 154. *Jos. Val.* Eybel Introd. in ius eccles. Catholicor. T. IV. §. 350. not. a. Anderer Meinung ist jedoch Berardus Comm. c. l. pag. 48.

64) *Cap.* 5. *X. h. t.*

65) In dem Theodosianischen Codex, in welchem sich diese Constitution *L.* 4. *Lib. III. Tit.* 5. *de sponsal.* befindet, wird dieselbe richtiger dem Kaiser Constantin dem Großen zugeschrieben.

66) Der Theodos. Codex hat: ad *Pacatianum* Praef. U. *Jac.* Gothofredus in Comment. ad L. 4. Cod. Th. de sponsal. Tom. I. pag. 305. edit. *Ritter.* hält jedoch die Leseart des Just. Codex für richtiger, weil Anitius Paulinus im Jahre 332 Praefectus urbi gewesen sey. Allein daß in diesem Jahre vielmehr Leontius praefectus praetorio Italiae war, erhellet aus der *L.* 4. *Cod.*

puellam suis nuptiis pactus est, intra biennium exsequi nuptias in eadem provincia degens supersederit, eiusque spatii fine decurso, in alterius postea coniunctionem puella pervenerit, nihil fraudis ei sit, quae nuptias maturando, vota sua diutius eludi non passa est[67]. (332.)

Theod. de filiis militarium, apparitor. etc. VII. 22. S. Gothofredi Prosopograph. Cod. Th. voc. *Leontius* Tom. VI. P. II. pag. 63. Erst im Jahre 334 bekleidete Pacatianus die Würde eines praef. praet. Italiae, wie aus Lib. X. Tit. 15. L. 2. und Lib. XIV. Tit. 4. L. 2. Cod. Theod. zu ersehen ist. Es muß also Pacatianus wohl im Jahr 332, wenn auch gleich nur vielleicht auf kurze Zeit Praef. urbi gewesen seyn, wie auch *Ed.* Corsinus Series praefector. urbis pag. 184. gegen Gothofredus erinnert. Die Ausgabe des *Claud. Chevallonius*, *Paris* 1526. 8. hat praefectum urbis, auch die des Guil. Merlinus. *Paris* 1559. f. beyde haben aber einen falschen Namen. Chevallon ad *Capri.* Merlin ad *Coelium Probinum.*

67) Nach dem Theodos. Codex enthielt diese Constitution eigentlich nur eine Ausnahme für Soldaten. Die Braut eines Soldaten sollte unter zwey Jahren bey Strafe der Deportation keinen Andern heyrathen. Nach zwey Jahren soll die Schuld auf den Bräutigam fallen. Zwey Jahre sollte sie aber auf ihn warten, weil der Soldatendienst eine causa absentiae necessaria enthält, bey einem paganus trat dieser Grund nicht ein, wie auch *Jac.* Gothofredus ad h. L. bemerkt hat. Die Worte der Constitution lauten folgendermaßen: Patri, aut matri puellae, aut tutori, vel curatori, aut cuilibet eius adfini non liceat, cum prius *militi* puellam desponderit, eandem alii in matrimonium tradere. Quodsi *intra biennium*, ut perfidiae reus in insulam relegetur.

L. 2. Cod. de repudiis. Impp. Valerianus et Gallienus AA. et Valerianus Caes. Paulinae. Liberum est filiae tuae, si sponsum suum post tres peregrinationis annos exspectandum sibi ultra non putet, omissa spe huius coniunctionis, matrimonium facere: ne oportunum nubendi tempus amittat: cum posset nuntium remittere, etiam si praesente illo consilium mutare voluisset.

Beyde Gesetze werden auch in den Basiliken [68] mit einander verbunden, wo sie so lauten: *Ὁ μνηστευσάμενος κόρην, καὶ μὴ συμφωνήσας χρόνον ἐν μνηστείᾳ, ὀφείλει ταύτην, εἰ μὲν ἐν τῇ αὐτῇ ἐπαρχίᾳ διάγει, ἔισω διετίας γαμεῖν. εἰ δὲ ἐν ἀπουσίᾳ, ἔισω τριετίας. εἰ δὲ ὑπέρθηται, δυνάται ἡ κόρη ἑτέρῳ συνάπτεσθαι.* i. e. *Qui puellam sibi despondet, nec tempus in sponsalibus constituit, si quidem in eadem provincia degat, intra biennium eam ducere debet. Sin autem absit, intra triennium. Quod si supersederit, puella iungi potest.*

Quodsi pactis nuptiis, transcurso biennio, qui puellam desponderit alteri, eandem sociaverit, in culpam sponsi potius, quam puellae referatur, nec quicquam noceat ei, qui post biennium puellam marito alteri tradiderit. *Dat. prid. Id. April. Martianop. Pacatiano et Hilariano Coss.* (332.) Man sieht aus der Vergleichung des Theodos. und Justin. Codex, daß Tribonian die Constitution sehr interpolirt hat. Man vergleiche übrigens *Christph. Hen.* Berger Diss. de praescriptione sponsaliorum. *Vitemb.* 1719.

68) Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. I. Const. 16. pag. 215.

Einige [69]) wollen zwar behaupten, die dreyjährige Abwesenheit, wovon das andere Gesetz spricht, gehöre mehr zum Factum, als daß darin eine Rechtsbestimmung als Regel aufgestellt werde, oder es sey wenigstens dieses Gesetz als das ältere, durch die Verordnung des Krs. Constantin wieder aufgehoben worden. Allein mag auch der Umstand, daß der Bräutigam schon drey Jahre abwesend war, an sich ganz zufällig gewesen seyn, so daß wenn auch der Bräutigam nur zwey Jahre nichts von sich hätte hören lassen, die Kaiser auf die nämliche Art rescribirt hätten, wie sich auch noch mehr aus dem Grunde abnehmen läßt, den die Kaiser ihrem Rescript beygefügt haben; so beweist doch Tribonians Interpolation, welcher der *L.* 2. *C. h. t.* die Worte: *si sponsus in eadem provincia degeret*, einschaltete, augenscheinlich, daß er dadurch diese Verordnung mit der *L.* 2. *Cod. de repudiis* in den Zusammenhang zu bringen gesucht habe, in welchem sich beyde Verordnungen auch in den Basiliken befinden, und auf solche Art die dreyjährige Abwesenheit im Verhältniß zu der zweyjährigen Gegenwart, zur gesetzlichen Bestimmung gemacht habe [70]). Es werden jedoch rechtmäßige Entschuldigungsgründe nicht ausgeschlossen, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

L. 17. *D. h. t.* Gajus *libro* I. *ad legem Juliam et Papiam.* Saepe iustae ac necessariae causae

69) Berardus Commentar. c. I. pag. 47.

70) Eben dieses bestärkt auch der griechische Scholiast in den Basiliken Tom. IV. pag. 222. Sch. 9. *Nec obloquitur constitutio secunda tit.* 17. *huius libri*, *qua dicitur sponsam triennium sponsum suum exspectare debere: ibi enim sponsum*, *ex iusta causa absentem*, *triennium exspectandum esse statuit constitutio.*

non solum annum, vel biennium, sed etiam triennium, et quadriennium, et ulterius trahunt sponsalia: veluti valetudo sponsi sponsaeve, vel mortes parentium, aut capitalia crimina, aut longiores peregrinationes, quae ex necessitate fiunt[71]).

Eigentlich bezieht sich zwar diese Stelle, wie auch die Ueberschrift zeigt, auf die Lex Julia et Papia, nach welcher sich Niemand mit einem Mädgen unter zehen Jahren verloben, dieselbe auch binnen zwey Jahren heyrathen solle, wenn er als rechtmäßiger Bräutigam angesehen seyn, und als solcher die Belohnungen der Ehemänner zu genießen haben wolle[72]). Ich habe von dieser Verordnung der Lex Papia schon an einem andern

71) Ueber die Richtigkeit der Leseart dieser Stelle siehe *Jo. Guil.* Hoffmann Observationes var. ad Pandect. Diss. XXI. §. 1. Die Emendation des *Jac.* Cujacius Observation. Lib. XVI. Cap. 35. welcher die Worte annum, vel als überflüßig wegstreichen will, ist längst von *Jo. Gottl.* Heineccius Comm. ad Leg. Iuliam et Papiam Poppaeam. Lib. II. cap. 5. pag. 179. sq. widerlegt worden.

72) Mehrere Rechtsgelehrten wollen auch die *L.* 2. *Cod. h. t.* auf diese Lex Papia beziehen; nämlich Berger cit. Diss. §. 21. sqq. Heineccius Commentar. ad Leg. Iuliam et Pap. Poppaeam. cit. loc. pag. 181. u. a. m. Allein daß diese *L.* 2. mit der Lex Papia auch nicht in der entferntesten Berührung stehe, haben *Jac.* Gothofredus Comm. ad L. 4. Cod. Th. de sponsalib. und *Franc.* Ramos *del* Manzano Commentar. ad Leges Iuliam et Papiam. Lib. IV. Reliquat. IV. §. 5. (*Th. Meerm.* Tom. V. pag. 446.) gezeigt.

Orte [73]) gehandelt. Es entstand also die Frage, wenn dem Gesetz in der vorgeschriebenen Zeit kein Genüge geschehen, sondern der Bräutigam die Vollziehung der Ehe noch ein, oder zwey Jahre, oder wohl noch länger verschoben hätte, ob er sich dadurch der Belohnung des Ehestandes verlustig gemacht habe? Gajus antwortet, es komme darauf an, ob rechtmäßige Ursachen vorhanden sind, welche diesen Aufschub entschuldigen, und führt selbst dergleichen Ursachen an, nämlich Krankheit, Tod der Eltern [74]), Capital Verbrechen [75]), nothwendige Reisen.

73) Th. 22. §. 1192. S. 413. f.

74) Nach Ulpian *L.* 11. *pr. D. de his, qui not. infam.* war zwar der luctus parentum kein Ehehinderniß; und in *L.* 23. *D. eodem.* wird das Betrauern der Eltern mehr der Liebes- als der Rechtspflicht zugeeignet, und ausdrücklich gesagt, die Unterlassung derselben ziehe keine Infamie nach sich. Gleichwohl sagt Paulus *Sententiar. Receptarum* Lib. I. Tit. ult. §. 13. Parentes *anno* lugeri possunt: qui contra fecerit, infamium numero habetur. Nach dieser Stelle des Paulus hätten also Eltern ein ganzes Jahr betrauert werden müssen, und zwar bey Strafe der Infamie. Während dieses Trauerjahrs war es denn freylich unschicklich, eine Ehe einzugehen. Endigte sich das Trauerjahr mit dem Januar, so gehörte auch noch der Monat Februar dazu, weil in diesem Monate zur Ehre der elterlichen Manen die sacra piacularia gefeiert wurden. Ovidius *Fastor. Lib. II. v.* 557. *sqq. Jac.* Cujacius Observation. Lib. XXI. Cap. 12. brachte die Stelle des Paulus zuerst zum Vorschein, und weil damit die Stellen Ulpians in offenbarem Widerspruche stehen, so hält er sie für interpolirt, weil jenes ältere Recht, wovon Paulus spricht, zu Justinians Zeiten nicht mehr gegolten habe. Ihm stimmen auch *Jac.* Gutherius de iure manium

Allein da die Belohnungen der Ehemänner zu Justinians Zeiten längst erloschen waren, so kann freylich nun dieses Gesetz nicht mehr in Beziehung auf die Lex Papia erklärt, sondern muß vielmehr in Beziehung auf die oben angeführten Gesetze als Ausnahme von der Regel gelten. Eben dieß ist auch die Ansicht des griechischen Scholiasten Thaleläus[76], welcher zur *L.* 2. *C. h. t.* folgende Bemerkung macht: *Σημείωσαι ὅτι ὁ καϑ' ὅλον μνηστὴρ ὀφείλει ἔισω διετίας πληροῦν τὸ τοῦ γάμου συνάλλαγμα. Ταῦτα δὲ νόησον εἰ μὴ ἔχει ἔυλογον αἰτίαν· ἀπὸ αἰτίας γὰρ ἐυλόγου καὶ πλείονα τῆς διαιτίὰς χρόνον ἀυτὸν ἀναμείνομεν, ὡς ἐν τῳ δὲ σπον-*

Lib. III. cap. 28. und *Ant.* SCHULTING ad *Paulum* in Iurisprud. vet. Antejustinian. pag. 265. not. 31. bey. Allein *Corn. van* BYNKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. V. cap. 13. hält die Stelle des Paulus für unächt, wenigstens vom Anian interpolirt. Dem sey nun, wie ihm wolle, so bleibt wenigstens die Trauer der Eltern selbst nach Ulpian ein Entschuldigungsgrund. S. HEINECCIUS Commentar. c. l. pag. 180.

75) Wenn nämlich der Bräutigam oder die Braut oder deren Eltern wegen eines Capitalverbrechens waren angeklagt worden. LIVIUS Lib. VI. cap. 20, Lib. XLIII. cap. 16. Mendoza a. a. O. n. 4. glaubt, daß sich auch die *L.* 29. *D. de poenis* hierauf beziehe, welche ebenfalls aus GAII *libro I. ad Leg. Juliam et Papiam* genommen ist. Allein richtiger behauptet HEINECCIUS c. l. §. 3. pag. 184. daß diese Stelle des Gajus vielmehr auf die zweyjährige Vacation gehe, welche die Lex Papia Poppaea den Wittwen vom Tode ihres Mannes an gestattete, wo sie mit den Strafen des Cölibats verschont bleiben sollen.

76) *Basilica* Tom. IV. pag. 222. Sch. q.

σαλιβους ά. τιτ. τῶν κγ. βιβ. τῶν διγ. ἀνηνέκται. i. e. *Nota generaliter sponsum intra biennium nuptias exsequi debere: quod ita accipiendum est, nisi iustam causam habeat. Ob iustam enim causam etiam ultra biennii tempus exspectamus, ut ostenditur Tit. 1. de sponsalibus libro 23. Digestorum.*

Wenn der Pabst Alexander III. an den Erzbischof von Palermo *cap.* 5. X. *h. t.* schreibt: De illis autem, qui praestito iuramento promittunt, se aliquas mulieres ducturos, et postea, eis incognitis, dimittunt terram, se ad partes alias transferentes, hoc tibi volumus innotescere, quod liberum erit mulieribus, si non amplius in facto est processum, ad alia se vota transferre, recepta tamen de periurio poenitentia; si per eas steterit, quo minus fuerit matrimonium consummatum; so behaupten mehrere [77]), daß dieser Text aus der *L.* 2. *C. h. t.* in Absicht auf die Wartezeit zu ergänzen sey. Allein da hier nicht von einer Zögerung in Erfüllung des Eheversprechens, sondern von einer heimlichen Entweichung des Bräutigams die Rede ist; so kann hier die *L.* 2. nicht angewendet werden. Die verlassene Braut kann vielmehr in einem solchen Falle aus dem Grunde der Desertion auf die Aufhebung der Sponsalien klagen, ohne einen zweyjährigen Termin abzuwarten. Der Richter kann denn einen Termin nach seinem Ermessen festsetzen, erscheint nun der dazu vorgeladene Bräutigam nicht, so kann

77) *J. H.* Boehmer *ad cap.* 5. *X. de sponsalib.* not. 26. und Berardus Comm. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. II. Cap. 4. pag. 49.

das Verlobniß aufgehoben werden [78]). Ist der Bräutigam gegenwärtig, so kann ihm der Richter auf Verlangen der Braut eine Zeit zur Vollziehung der Ehe setzen, und nach deren Ablauf die Sponsalien aufheben. Daher bezweifeln die meisten sowohl katholischen als protestantischen Rechtsgelehrten [79]) die heutige Zulässigkeit der in den oben angeführten römischen Gesetzen bestimmten Präscription der Verlöbnisse, wo sie nicht etwa durch besondere Landesgesetze sanctionirt ist [80]).

78) S. *I. H.* Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. 1. §. 182. *Car. Ferd.* Hommel Rhapsod. quaest. for. Vol. II. Obs. 400. n. II.

79) *Henr.* Brouwer de iure connubior. Lib. I. cap. 25. nr. 46. pag. 275. *Paul. Jos. a* Riegger Institut. iurispr. eccles. P. IV. §. 24. *Jos. Val.* Eybel Introduct. in ius eccles. Catholicor. Tom. IV. §. 350. Not. *) pag. 271. Christoph Christ. Dabelow Grundsätze des Eherechts. §. 114. Anderer Meinung ist jedoch Berger Diss. cit. de praescript. sponsalior. §. 48—53.

80) Ein merkwürdiges Beyspiel davon giebt uns das Preuß. Landrecht 2. Th. Tit. 1. §. 128—130. nach welchem 1) derjenige, welcher vom Ablaufe der in dem Eheverlöbniß zur Vollziehung desselben bestimmten Zeit, ein Jahr verstreichen läßt, kein Recht mehr daraus zu klagen haben soll. 2) Ist keine Zeit zur Vollziehung der Ehe bestimmt worden, und es hat binnen zwey Jahren vom Tage des geschlossenen Ehegelöbnisses keiner von beyden Theilen zur Erfüllung desselben bey dem Andern sich gemeldet; so hat das Ehegelöbniß selbst seine Kraft verloren. 3) Geschahe aber von einem Theile binnen dieser Zeit eine Aufforderung zur Vollziehung der Ehe, so soll die Klage auf Erfüllung des Ehegelöbnisses nach Verlauf eines Jahres, von der letzten, fruchtlos geschehenen Aufforderung an, erlöschen.

II. Eine andere Hauptrepudienursache ist unvorhergesehene Veränderung der Umstände in der Person des andern Theils, wegen welcher das Verlöbniß gleich anfangs nicht würde geschlossen worden seyn, wenn sie schon damals vorhanden gewesen wären, und welche eine unglückliche Ehe wahrscheinlich machen [81]. Auch selbst der Eid hindert hier die Aufhebung der Sponsalien nicht [82]. Dahin gehört, 1) eine solche Veränderung der Sitten des einen Verlobten, welche ihm den Haß des andern Theils zugezogen hat; z. B. wenn ein Theil den andern auf eine grobe Art beleidiget, oder ein infamirendes Verbrechen begeht, oder sich den Trunk ergiebt, oder sonst unleidliche Sitten blicken läßt, welche eine unzufriedene Ehe befürchten lassen [83]. 2) Gänzliche

81) S. *van* Espen iur. eccles. univers. P. II. Sect. I. Tit. 12. Cap. 2. §. 14—21. und Berardus Commentar. c. I. pag. 48. sq.

82) *Cap.* 25. *X. de iureiur.* Innocentius III. Quodsi post huiusmodi iuramentum mulier fieret non solum leprosa, sed etiam paralitica, vel oculos vel nasum amitteret, vel quicquam ei turpius eveniret, nunquid vir teneretur eam ducere in uxorem? Profecto ductam non posset dimittere. Sed nunquid non ductam admittere tenetur? Quamvis interdum contractum non dirimat, quod impedit contrahendum. S. Alteserra Innocentius III. ad h. cap.

83) Voet Comm. ad Pand. T. II. h. t. §. 15. Brouwer de iure connubior. Lib. I. cap. 25. nr. 38—40. Boehmer iure eccles. Prot. T. III. Lib. IV. Tit. 1. §. 180. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCXCV. medit. 5. Hommel Rhapsod. quaest. forens. Vol. II. Obs. 400. nr. VI. et XIX. Pufendorf Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 166. Tom. IV. Obs. 27. *Ge. Steph.* Wiesand Pr. de repudio ob metum mali matrimonii, in *Eius* Opuscul. p. 243. sqq.

Verunstaltung des andern Theils [84]). 3) Eine den ehelichen Umgang verhindernde Krankheit, in welche der andere fällt, welche ansteckend, oder unheilbar ist, oder ein Unvermögen zum Beyschlafe nach sich zieht, oder sonst Eckel und Abscheu erweckt [85]). 4) Wahnsinn [86]). 5) Ein solcher Verlust am Vermögen, der Armuth und Mangel an den nothwendigen Lebensbedürfnissen nach sich ziehen würde [87]). 6) Religionsveränderung [88]). In allen diesen Fällen wird jedoch das Verlöbniß nicht auf Seiten desjenigen aufgehoben, in dessen Person die Veränderung vorgegangen ist, sondern nur auf Seiten des andern Theils. Jener bleibt daher aus dem Verlöbniß verbunden, wenn diesem daran liegt, das Eheversprechen zu erfüllen [89]). Daß die von Minderjährigen

84) BOEHMER c. l. §. 176.

85) *Cap. 3. X. de coniug. leprosor.*

86) *L. 8. D. de sponsalib.* sagt zwar: Furor quin sponsalibus impedimento sit, plus quam manifestum est: sed postea interveniens sponsalia non infirmat. Allein dieß soll nur soviel heißen, daß der Wahnsinn die Sponsalien nicht ipso iure aufhebe. Daraus folgt aber nicht, daß nicht der andere Theil von dem Verlöbniß abzugehen befugt sey, weil ja der Wahnsinn die Schließung der Ehe hindert, *L. 16. §. 2. D. de ritu nuptiar.* und sogar eine Ehe deswegen aufgehoben werden kann. *L. 22. §. 7. D. Soluto matrim.* S. BROUWER de iure connubior. Lib. I. cap. 25. nr. 12. BOEHMER c. l. §. 175.

87) BOEHMER c. l. §. 177. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 399.

88) BOEHMER c. l. §. 178. HOFACKER c. l.

89) S. *van* ESPEN c. l. §. 19. sq. BERARDUS Commentar. c. l. pag. 48.

geschlossenen Eheverlöbnisse auch ohne eine der angeführten Ursachen, durch das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aufgehoben werden können, ist schon an einem andern Orte[90]) vorgekommen.

§. 1204.

Zusammentreffen mehrerer Verlöbnisse.

So leicht auch Sponsalien nach dem römischen Rechte, selbst einseitig, wieder aufgehoben werden können; so ist es doch nicht erlaubt, vor Aufhebung derselben mit einer andern Person ein neues Verlöbniß zu schließen. Das römische Recht verbindet mit dem Vergehen eines zweyfachen Verlöbnisses die Strafe der Infamie[91]). Damit nun kein Zweifel darüber entstehen konnte, mußte die Aufkündigung, wenn die Verlobten gegenwärtig waren, mit einer bestimmten Formel geschehen: *conditione tua non utor*[92]); und waren sie abwesend, so mußte die gesetzlich bestimmte Zeit abgewartet werden[93]). Auch das canonische Recht[94]) fordert von den Verlobten gegenseitige Treue, und bestraft

90) S. den 6. Th. dieses Commentars §. 462. S. 25.

91) *L.* 1. *L.* 13. §. 1 *et* 2. *D. de his*, *qui notant. infam.* Quod ait Praetor: *eodem tempore:* non initia sponsaliorum eodem tempore factorum accipiendum est, sed si *in id tempus* concurrant. S. den 5. Th. dieses Commentars §. 379. S. 177. f.

92) *L.* 2. §. 2. *D. de divort. et repud.* D'Avezan de sponsal. cap. 11.

93) *L.* 2. *Cod. h. t. L.* 2. *Cod. de repud.* Brouwer Lib. I. cap. 25. nr. 45.

94) *Cap.* 22. *et cap.* 31. *X. de sponsal.*

bina sponsalia mit Kirchenbuße, wofür aber das heutige Recht willkürliche Strafen eintreten läßt [95]).

Ist nun ein zweytes Eheverlöbniß geschlossen worden, ehe das erste gehörig aufgehoben war; so ist das neue ungültig. Da es jedoch nur zum Vortheil desjenigen Theils ungültig ist, mit welchem das erste gültige Verlöbniß geschlossen worden; so ist derselbe wegen der von dem andern Theile gebrochenen Treue berechtiget, von dem früheren Verlöbniß wieder abzugehen, wenn er sich seines Rechts Einspruch zu thun nicht bedienen will [96]). Es wird jedoch vorausgesetzt, daß das erste Verlöbniß gültig sey. Denn ist dieses nicht der Fall, so konnte daraus kein gegründetes Recht entstehen. Hier hat also das spätere Verlöbniß, welches den Gesetzen gemäß geschlossen wurde, den Vorzug vor dem früheren [97]). Es kann indessen das zweyte Verlöbniß, was anfangs ungültig war geschlossen worden, noch convalesciren, wenn die Verbindlichkeit, welche aus dem früheren entstanden war, auf irgend eine Art aufgehört hat [98]).

95) Schott Eherecht §. 152. Not. ***.

96) *Cap. un. pr. de spons. in VIto.* Bonifacius *VIII.* — Quare ille, qui sponsalia pure ac determinate cum aliqua muliere contraxit, et postmodum cum secunda, prioris consanguinea, idem fecit, ex priorum sponsaliorum vigore (quibus per publicae honestatis iustitiam, ex secundis sponsalibus subsequutam, minime derogatur) ad matrimonium contrahendum cum prima remanet obligatus.

97) *G. L.* Boehmer Princip. iuris canon. §. 377. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 395. und Schott Eherecht §. 152. Not. **.

98) Hofacker c. l.

Es finden demnach bey einer eintretenden Collision mehrerer Eheverlöbnisse folgende Grundsätze Statt.

1) Das erstere gültig geschlossene Verlöbniß hat, wegen des daraus erworbenen Rechts, den Vorzug vor dem späteren, wenn gleich a) zu dem letztern ein Eid hinzugekommen wäre, weil der Eid nichtig ist, wodurch die Rechte eines Dritten gekränkt werden [99]; oder a) das spätere durch den Beyschlaf wäre bestätiget worden. Denn da das zweyte Verlöbniß nichtig ist, so konnte es auch durch den hinzugekommenen Beyschlaf, als eine unerlaubte Handlung, keine Gültigkeit erhalten. Zwar werden nach dem canonischen Rechte sponsalia de futuro durch den hinzugekommenen Beyschlaf in sponsalia de praesenti verwandelt; allein dieß setzt theils ein gültiges Verlöbniß voraus, theils findet dieß auch jetzt selbst unter Katholiken nicht mehr Statt. Der Beyschlaf bleibt also hier ein Verbrechen, welches kein Recht geben, und das Recht eines Dritten nicht aufheben kann [100]. Wenn aber c) die Trauung hinzugekommen ist, so kommt es darauf an, ob sie auf die gehörige Art nach vorhergegangenem öffentlichen Aufgebote erfolgte, oder heimlich geschehen ist. In dem ersten Falle kann nun die Ehe von dem zuerst Verlobten nicht weiter angefochten werden, weil das Recht desselben wegen

99) *Cap.* 28. *X. de iureiur.* Brouwer Lib. I. cap. 21. nr. 4. pag. 223.

100) Hierin stimmen Katholiken und Protestanten überein. Pichler ius canon. Lib. IV. Tit. 4. §. 3. et 4. Reiffenstuel iur. can. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 4. §. 6. et 7. Carpzov iurispr. consist. Lib. II. Def. 65. Boehmer Princip. iur. can. §. 378. Hofacker §. 393. Schott §. 152. Not.*****. Michl Kirchenrecht. §. 61. S. 283.

unterlassenen Einspruchs durch Präclusion erloschen ist [1]. Sollte ihm jedoch eine schuldlose Unkunde der Proclamation zu statten kommen, so würde ihm wenigstens das Recht auf Forderung des Interesse nicht abgesprochen werden können [2]. In dem letztern Falle hingegen kann zwar die heimlich geschehene Trauung nach dem protestantischen Kirchenrechte zum Nachtheil des ersten Verlobten nichts bewirken [3]. Allein nach dem katholischen Kirchenrechte käme es darauf an, ob die Erklärung des Eheconsenses gleichwohl vor dem competenten Pfarrer in Gegenwart von zwey Zeugen geschehen ist, oder nicht. In jenem Falle würde die Ehe bey den Katholiken für gültig zu halten seyn, wenn auch kein öffentliches Aufgebot und keine Trauung erfolgt wäre. Sie würde also vor dem früheren Verlöbniß den Vorzug behaupten, wenn auch dasselbe mit einem Eide wäre bekräftiget worden. Darin sind auch alle katholische Kirchenrechtslehrer [4]) einverstanden; denn das canonische Recht stellt den Grundsatz auf: sponsalia de futuro, etiam iurata, solvuntur per secunda

1) Carpzov c. l. Def. 66. Boehmer princ. iur. can. §. 378. Hofacker c. l. §. 394. Schott §. 152. Not. ******.

2) Schott a. a. O. Weber Erläuterung der Pandect. 2. Th. §. 1204.

3) *J. H.* Boehmer Iur. eccles. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. 3. §. 52. Anderer Meinung ist Brouwer Lib. I. cap. 22. nr. 15.

4) Riegger Institut. iurisprud. eccles. P. IV. §. 24. Eybel Introd. in ius eccles. Catholicor. T. IV. §. 350. Schenkl Institut. iuris eccles. P. II. §. 645. nr. 5. Pehem Praelection in ius eccles. univ. P. II. §. 427. nr. III. Michl Kirchenrecht für Katholiken und Protest. §. 61. S. 285. u. a. m.

sponsalia de praesenti [5]). Jedoch verliert der verlassene Theil dadurch sein aus dem erstern gültigen Verlöbniß einmal erworbenes Recht gegen den Verlassenden nicht. Wenn daher die mit dem zweyten Verlobten geschlossene Ehe durch den erfolgten Tod desselben wieder getrennt werden sollte, so kann der zuerst Verlobte seine alten Ansprüche gegen den Verlassenden noch immer geltend machen, und die bisher nur suspendirte Erfüllung der ehemals versprochenen Ehe, oder wenigstens eine angemessene Abfindung verlangen [6]). Denn die Sponsalien werden nur in Ansehung des Verlassenden aufgehoben. Dieser verliert durch die mit einer andern Person eingegangene Ehe sein Recht, und nur auf ihn allein geht es, wenn Innocenz III. [7]) sagt: quod primam fidem irritam fecerit.

2) Unter mehreren Sponsalien geht das erstere Verlöbniß dem letztern vor, wenn auch das frühere bedingt, das spätere aber unbedingt geschlossen seyn sollte [8]). Denn es tritt hier die Regel ein,

5) *Cap.* 31. *X. de sponsal.* — Gregor *IX.* Verum si inter ipsos accessit tantummodo promissio de futuro, utroque dicente alteri: ego te recipiam in meam, et ego te in meum, sive verba similia; si alius mulierem illam *per verba de praesenti* desponsaverit, etiamsi inter ipsam et primum iuramentum intervenerit, sicut diximus, de futuro: huiusmodi desponsationis intuitu *secundum matrimonium* non poterit separari, sed eis est de violatione fidei poenitentia iniungenda.

6) Berardus Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. II. Cap. 4. pag. 48. und Schenkl c. l. not. **. pag. 774.

7) *Cap.* 22. *X. h. t.*

8) Boehmer. iur. eccles. Protest. T. III. Lib. IV. Tit. 1.

conditio existens retrotrahitur ad initium actus. Es ist daher ein offenbarer Irrthum, wenn einige ältere Rechtsgelehrten[9]) und Theologen[10]) haben behaupten wollen, die unbedingten späteren Sponsalien seyen dem zuerst geschlossenen bedingten Eheverlöbniß vorzuziehen. Denn ohne Zweifel ist auch das zweyte, wenn gleich unbedingte, Verlöbniß für nichtig zu halten, und kann daher dem zweyten Verlobten kein Recht geben, weil auch bedingte Eheverlöbnisse, wenn gleich vor dem Eintritt der Bedingung noch keine Verbindlichkeit zur Vollziehung der Ehe vorhanden ist, dennoch die Verbindlichkeit mit sich führen, den Ausgang der Bedingung abzuwarten, und bis dahin das Eheversprechen gegenseitig festzuhalten[11]). Es ist daher lächerlich, wenn man sagt, das letztere unbedingte Verlöbniß habe schon Kraft und Gültigkeit gehabt, ehe noch das erste bedingte durch die Existenz der Bedingung seine Gültigkeit erhalten habe, und darum müsse das zweyte den Vorzug vor dem erstern behaupten. Wie offenbar unrichtig ist nun auch die

§. 61. *Ge. Lud.* Boehmer Princip. iur. can. §. 378. in fin. Hofacker Princip. iur. civ. T. I. §. 593. in fin.

9) Carpzov iurispr. eccles. Lib. II. Def. 70. Ihm stimmt auch *Sam. Frid.* Willenberg in Exercit. de concursu sponsaliorum. §. 4. bey S. Desselben Select. iurisprudent. civ. P. II. Exerc. 5. pag. 322.

10) *Sal.* Deyling Institution. prud. pastoral. P. III. cap. 6. §. 63.

11) *Cap.* 5. *X. de condit. apposit. in desponsat.* Sponsalia, interposita conditione contracta, debent firmiter observari: Carpzov hat selbst in seiner iurisprud. eccles. Lib. II. Def. 21. den Satz gegen die Widersprüche Anderer zu vertheidigen gesucht: quod, pendente conditione, alia contrahere sponsalia haud liceat, sed exspectari debeat conditionis eventus.

Folge, daß die Regel von der zurückwirkenden Kraft einer existirenden Bedingung hier darum keine Anwendung finde, weil dieselbe durch das dem zweyten Verlobten erworbene Recht verhindert werde [12].

3) Ist das erste Verlobniß ungültig, so hat das spätere gültig geschlossene den Vorzug vor dem früheren [13].

4) Unter mehreren ungültigen Verlöbnissen kann keines auf einen Vorzug, und rechtliche Wirkungen Anspruch machen [14].

12) Man sehe Boehmeri ius eccles. Protest. c. l. Brouwer Lib. I. Cap. 22. nr. 15. und Schott's Eherecht. §. 152. Not. 7. S. 713.

13) Thibaut System des Pand. Rechts 1. Th. §. 417.

14) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. P. II. h. t. §. 51.

Lib. XXIII. Tit. II.

De ritu nuptiarum.

§. 1205.

Begriff, Wesen und Zweck der Ehe.

Das Verlöbniß erlangt nun durch erfolgte Eingehung der Ehe seine Realität. Was ist also die Ehe? Ueber den Begriff, das Wesen und den Zweck der Ehe ist viel geschrieben und gestritten worden [15]. Nach einigen soll

15) *Car. Ferd.* Hommel Diss. matrimonium sine proposito liberos procreandi legitimum. Lips. 1764. rec. 1766. (in Rhapsod. quaestion. for. Obs. 391.) Joh. Baptista Anthes zufällige Gedanken vom Zweck der Ehe und von deren Begriff. Frankf. a. Main 1774. Carl. Wilhelm Robert rechtliche Gedanken über den Begriff der Ehe, und die Art ihrer Stiftung im protestantischen Teutschlande. Frankf. u. Leipz. 1787. 8. Hippel über die Ehe. Frankf. u. Leipz. 1795. Kap. 2. Fried. Popp über Ehescheidung. Amberg u. Sulzbach. 1800. Vierte Abh. S. 98 — 134. Salat rein menschliche Ansicht der Ehe. München 1808. Socher über die Ehescheidung in katholischen Staaten.

Befriedigung des Geschlechtstriebes, nach andern Erzeugung und Erziehung der Kinder der Zweck ehelicher Verbindung seyn. Noch andere setzen das Wesen der Ehe in der gegenseitigen Unterstützung. Noch andere nehmen alle diese Zwecke zusammen in den Begriff der Ehe auf [16]). Noch andere unterscheiden zwischen dem Naturzweck und dem Vernunftzweck der Ehe, und setzen jenen in der Erzeugung und Erziehung der Kinder, diesen aber in der gegenseitigen Liebe, welche sich beeifert, des Andern Glück zu dem seinigen zu machen, in dem Wohle des Andern das seine zu finden, und jedes Interesse des Lebens, jedes Lebensschicksal mit einander zu theilen. Beyde Zwecke vereinigt, Liebe, Vereinigung der Gemüther, und Gemeinschaft des Lebens machten dann das Wesen der Ehe aus [17]). Noch andere [18]) glauben endlich das Wesen der Ehe dadurch vollkommen bestimmt zu haben, wenn sie sich darunter einen Verein zur Fortpflanzung des Menschenge-

Landshut 1810. 1. Th. J. Al. Bihler Darstellung der Ehehinderniße im Staate aus dem Begriffe der Ehe entwickelt Kempten 1815. §. 5 — 15. Ferd. Walter Lehrbuch des Kirchenrechts. (Bonn 1822.) §. 184. Nellessen christlicher Ehevertrag. Achen 1820. G. Chr. Burchardi Grundzüge des Rechtssystems der Römer aus ihren Begriffen von öffentlichen und Privatrecht entwickelt. (Bonn 1822.) §. 17. S. 104. ff. u. a. m.

16) Leyser Meditat ad Pand. Vol. V. Specim. CCXCVII. medit. 6. Schott Eherecht. §. 65 — 68. Schenkl Institut. iur. eccles. P. II. §. 606. Gmeiner Institut. iuris eccles. T. II. §. 307. Gambsjaeger iur. eccles. §. 211. Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom I. §. 346.

17) S. Socher angef. Schrift. S. 1 — 15.

18) Michl Kirchenrecht für Katholiken und Protestanten §. 66.

schlechts nach den Anstalten der Natur und nach positiven Gesetzen gedenken. Diejenigen haben wohl den sichersten Weg gewählt, welche sich an den römischen Begriff halten, der auch in das canonische Recht übergegangen ist [19]). Justinian sagt §. 1. *I. de patria potestate:* Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam vitae consuetudinem continens. Noch umständlicher definirt Modestin die Ehe, wenn er *libro I. Regularum* [20]) sagt: *Nuptiae* sunt coniunctio maris et foeminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio. Ganz diesem Begriffe gemäß führt Gratian *can.* 3. *Caus. XXVII. Qu.* 2. folgende Worte aus dem Augustinus [21]) an: Consen-

19) Thibaut Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 380. Zaunner Introductio in ius Digestor. P. I. Lib. II. Tit. 5. §. 1. Zachariä Institutionen des Röm. Rechts Lib. I. Tit. 10. S. 92. Makeldey Lehrbuch der Institutionen des heutigen Röm. Privatrechts. §. 131. und Bucher System der Pandecten §. 70. (der 3. vermehrten u. verbess. Ausgabe Erlangen 1822.) Hierher gehören auch die schon oben Not. 15. angeführten Robert, Walter und Burchardi.

20) *L.* 1. *D. de ritu nuptiar.*

21) Die hier von Gratian angeführten Worte finden sich zwar in den Schriften des Augustinus nicht. Daher führt auch *Jud. Le* Plat in Diss. de spuriis in Gratiano canonibus Cap. 5. §. 12. diesen Text unter den unächten Canonen auf. Allein daß dieser Canon dennoch den Lehren des Augustinus gemäß, und aus den Schriften desselben de sancta Virginitate, wie auch die Römischen Correctoren bemerkt haben, ferner de nuptiis et concupiscentia genommen sey, hat Berardi ad Gratiani canones. P. III. Cap. 19. pag. 354. gezeigt.

sus ergo cohabitandi et individuam vitae consuetudinem retinendi interveniens, eos coniuges fecit. *Individua* vero *vitae consuetudo* est, talem se in omnibus exhibere viro, qualis ipsa sibi est, et e converso. Nach diesem gesetzlichen Begriff wäre denn also die Ehe eine unter dem Schutz der Gesetze nach Vorschrift derselben eingegangene, und mit besondern Rechten und Pflichten verknüpfte Verbindung eines Mannes und eines Weibes zu einer lebenslänglichen ungetheilten Gemeinschaft aller Lebensverhältnisse. Dieser Begriff druckt den wesentlichen Character der Ehe ganz bestimmt aus, welcher weder in der Befriedigung des Geschlechtstriebes, noch in der Zeugung und Erziehung der Kinder, noch in der gegenseitigen Unterstützung besteht, sondern vielmehr sich in der Absicht der beyden Ehegatten ausspricht, die engste geistige und Geschlechtsverbindung zu einem vertrauten ausschließlichen Umgange auf Lebenszeit mit einander einzugehen, und auf solche Art gleichsam zu einer Person, und wie Tacitus [22]) von den Ehen der alten Deutschen sagt, zu einem Körper und zu einem Leben vereiniget zu werden.

Zur Erläuterung des römischen Begriffs bemerke ich noch Folgendes. Wenn Justinian die Benennungen Nuptiae und matrimonium für gleichbedeutend nimmt, bedient sich Modestin blos des Ausdrucks *Nuptiae*, weil

22) *De morib. German.* cap. 19. Melius quidem adhuc eae civitates, in quibus tantum virgines nubunt, et cum spe votoque uxoris semel transigitur. Sic unum accipiunt maritum, *quomodo unum corpus*, *unamque vitam*, ne ulla cogitatio ultra, ne longior cupiditas, ne tamquam maritum, sed tamquam matrimonium ament.

zu seinen Zeiten zwischen nuptiae und matrimonium noch ein großer Unterschied war. *Nuptiae* nannte man eigentlich die Ehe des Civilrechts, welche auf beyden Seiten der Ehegatten Civität erforderte, und förmlich unter den hergebrachten Feyerlichkeiten eingegangen seyn mußte. Eine solche Ehe hieß *iustum matrimonium, matrimonium legitimum*; und das Recht, eine solche römische Ehe einzugehen, *connubium*[23]), welches auch durch ein persönliches Privilegium ausgewirkt werden konnte[24]). Nur eine solche Ehe war völlig wirksam. Nur sie hatte väterliche Gewalt, Dotalrechte, und für die Frau Wohnort und Gerichtsstand des Mannes im Gefolge[25]). Eine Ehe hingegen nach dem ius gentium, unter Personen, von denen entweder keine, oder wenigstens nur die eine das römische Bürgerrecht hatte, ohne alle Feierlichkeit geschloßen, hieß *matrimonium*[26]) schlechtweg, oder *matri-*

23) S. Brouwer de iure connubior. Lib. II. cap. 28. D'Avezan Tr. de nuptiis. Cap. 1. et 2. Noodt Comment. ad Dig. h. t. Pr. Ayrer Diss. de iure connubior. apud Rom. §. 8. Heineccius Commentar. ad Leg. Iul. et Pap. Poppaeam. Lib. II. cap. 9. §. 3. pag. 223.

24) Gajus *Comm. Lib. I.* §. 57. *et* 76.

25) Gajus *Institut. Lib. I.* §. 56. 57. 67. 76. 80. Ulpianus *Fragm. Tit. I.* §. 8. *L.* 19. *L.* 24. *D. de statu hom. L.* 3. *et* 4. *D. de his, qui sui vel alieni iur. sunt.* §. 12. *I. de nuptiis. L.* 4. *D. de iure dot. L.* 3. §. 1. *D. de donat. int. vir. et uxor. L.* 37. §. 2. *D. ad municipalem.* S. Burchardi Grundzüge des Rechtssystems der Römer. §. 9. S. 53—59.

26) *L.* 11. *et* 12. *D. h. t. L.* 66. *pr. et* §. 1. *D. de donat. int. vir. et ux. L.* 13. §. 1. *D. ad Leg. Iul. de adulter.*

monium sine connubio [27]), welches zwar der civilrechtlichen Wirkungen des iusti matrimonii entbehrte, aber doch sonst ein durchaus als Ehe anerkanntes Geschlechtsverhältniß war, wobey auch die Präsumtion galt: *pater est, quem nuptiae demonstrant* [28]); und die Kinder als Kinder des Ehemanns angesehen wurden [29]). Es war nur darum keine völlig wirksame Geschlechtsverbindung, weil es an dem Connubium fehlte. Offenbar dachte also Modestin bey dem Begriffe von der Ehe an das matrimonium civile, wie auch Janus a Costa [30]) bemerkt hat, und aus dem Begriffe selbst zu ersehen ist. Da nun im neuesten Römischen Rechte jede Ehe, wenn sie nur unter Römern, und nicht mit Barbaren, als mit welchen die Ehe verboten war [31]), geschlossen worden, in die Römische übergegangen ist; so konnte Justinian mit Recht die Benennungen nuptiae und matrimonium als gleichbedeutend gebrauchen. Der einzige Unterschied, den wir noch in den Gesetzen der Pandecten finden, besteht blos darin, daß man die hochzeitliche Festivität nuptiae, die wirkliche Geschlechtsverbindung aber selbst von Mann und Frau matrimonium nannte, wie ich schon an einem andern Orte [33]) bemerkt habe. Beyde, Justinian und

27) *Mosaicar. et Roman. Legg. collat.* Tit. IV. §. 5.

28) *L.* 5. *D. de in ius voc.*

29) *L.* 1. §. 2. *D. ad municipal.* S. Burchardi a. a. O. Not. 19. S. 55. f.

30) Comment. ad §. 1. I. de patria pot. pag. 55.

31) *L. un. C. Th. de nupt. gentil.* (III. 14.)

32) S. Albr. Schweppe Röm. Rechtsgeschichte u. Rechtsalterthümer. (Göttingen 1822.) §. 395.

33) S. den 22. Th. §. 1191. S. 399.

Modestin setzen nun das Genus ihres Begriffs in einer coniunctio viri et mulieris. Ohne Grund tadelt Brouwer [34]) den Modestin, daß er die Ausdrücke maris et foeminae gebraucht habe, weil diese auch von unvernünftigen Thieren gebraucht würden. Denn man müßte ja auch den Ulpian [35]) tadeln, der sich eben dieser Ausdrücke bedient, wenn er die Ehe, als eine maris atque foeminae coniunctio, aus dem *ius naturale* herleitet, insofern er darunter die Gesetze der blos thierischen Natur versteht, und den Geschlechtstrieb, so wie die Erzeugung und Erziehung der Kinder unter die Instinctgesetze ordnet, welche Menschen und Thiere mit einander gemein haben [36]). Der Ausdruck coniunctio hat einige Rechtsgelehrten [37]) auf die Gedanken gebracht, die Ehe, als einen Contract anzusehen. Sie rechnen sie zu den Consualcontracten, weil sie durch den bloßen Consens geschlossen werde. Consensus facit nuptias, sagt Ulpian [38]). Da nun hier zwey Personen verschiedenen Ge-

34) Cit. loc. nr. 3. p. 699.

35) *L.* 1. §. 3. *D. de iust. et iure.*

36) S. *Chr. Aug. Henr.* Clodius Diss. Apologia Ulpiani sive de notione iuris gentium a iure naturali accurate distinguendi. *Lipsiae* 1811. und Carl Theod. Welker die letzten Gründe vom Recht, Staat und Strafe. (Giessen 1813) S. 499. ff.

37) *Hug.* Donellus Commentarior. iuris civ. Lib. XIII. Cap. 18. *Jo. Gottl.* Langsdorf Tract. de pactis et contractib. Romanor. *Manhemii* 1772. §. 27. im deutschen Auszuge bei Hugo im civilist. Magazine 1. B. S. 429. Donellus handelt daher von der Ehe bey den Consensualcontracten.

38) *L.* 30. *D. de div. reg. iur.*

schlechts sich zu gewissen gemeinschaftlichen Zwecken verbinden, so sey der Ehecontract eine Art der Societät. Allein diese Ansicht ist nicht römisch, mag es auch heut zu Tage nicht ungewöhnlich seyn, die Ehe einen Contract zu nennen. Die Römer brauchen wenigstens den Ausdruck Contract nie, wenn sie von Geschäften aus dem iure personarum sprechen [39]. Es erlaubt dieses auch schon der römische Sprachgebrauch gar nicht. Denn das Wort Contract deutet immer auf einen Gegenstand des Verkehrs hin, wofür die Ehe an sich, als ein ewiges Institut der Natur, gewiß nicht zu halten ist [40]. Es bezieht sich ferner auf obligatio, die einen debitor und creditor voraussetzt, und mit deren Erfüllung, wenn sie vollendet ist, das Rechtsverhältniß zwischen beyden juristisch nothwendig erlöscht [41]. Ein solches Rechtsverhältniß findet unter Ehegatten, als solchen, nicht Statt. Doneau [42] sagt zwar: Est vero inter coniuges mutua obligatio nuptiarum nomine ex consensu suscepta, non aliter, quam inter rerum socios huius ipsius societatis iure. Consistit ea obligatio duabus his in rebus summis: in convictu interiore, eoque perpetuo, et in officiorum coniugalium mutua prae-

39) Auch die coemtio machte die Ehe zu keinem Contract. Denn sie geschahe, wie Gajus Institut. Lib. I. §. 113. lehrt, durch die gewöhnliche Mancipation, so wie sie auch bey dem alten Testament des Civilrechts üblich war. S. Schweppe Röm. Rechtsgeschichte §. 388. S. 533.

40) Rudhart Unters. über die systemat. Eintheilung und Stellung der Verträge. §. 135.

41) S. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts 1. B. §. 36. S. 51.

42) Cit. loc. cap. 21.

statione. Allein man verwechsele nicht Pflichten mit Obligationen. Letztere sind Forderungsrechte, die durch Klagen gerichtlich erzwungen werden können. Allein die Pflichten der Ehegatten gegen einander beruhen auf gegenseitiger Liebe, und freiem Willen, deren Verletzung zwar wohl bestraft, aber deren Erfüllung nicht durch gerichtliche Klagen und Rechtsvorschriften erzwungen werden kann. Sie erlöschen auch nie durch Erfüllung, wenn sie auch schon lange, ja noch so lange wären erfüllt worden [43]. Die Schließung einer Ehe erscheint zwar freylich in der Form eines Vertrags, weil die innere Uebereinstimmung derer, die in eine solche innige Vereinigung mit einander treten wollen, sich in einem äußern Zeichen aussprechen muß; allein für das fortlaufende eheliche Verhältniß entsteht daraus so wenig eine Obligation, als man aus der Adoption, welche doch ebenfalls unter der Form eines Vertrags eingegangen wird, ein obligatorisches Verhältniß ableiten mag [44]. Nun sind zwar die Güter der Ehegatten allerdings Gegenstände des Verkehrs. Sie können daher auch, abgesehen von dem Eheverhältniß selbst, als solchem, bey der Eingehung der Ehe berücksichtiget werden, und die Schließung eines eigenen Vertrags veranlassen; welchen man häufig den Ehecontract zu nennen pflegt [45]. Allein dieser muß doch immer von der Ehe selbst unterschieden werden [46]. Die gesetzliche Defi-

43) S. Hugo civilist. Magazin 1. B. S. 466. ff.

44) S. Walter's Lehrbuch des Kirchenrechts §. 184.

45) S. Rudhart a. a. O.

46) Auch in dem französischen Rechte werden *mariage* und *contrat de mariage* so unterschieden, daß jener Ausdruck auf die eheliche Verbindung, dieser aber auf das

nition bestimmt also das Genus am allerrichtigsten durch die Verbindung eines Mannes und eines Weibes, und unterscheidet hierdurch die Ehe von Sponsalien, wodurch noch kein gesellschaftliches Verhältniß, noch keine Geschlechtsverbindung zwischen den Verlobten bewirkt wird. Daß aber diese Verbindung eine gesetzmäßige seyn müße, liegt schon in den Ausdrücken *nuptiae* und *matrimonium*. Si adversus ea, quae diximus, aliqui coierint, sagt Justinian [47]), nec *vir*, nec *uxor*, nec *nuptiae*, nec *matrimonium*, nec *dos* intelligitur. Nur eine solche Geschlechtsverbindung wurde daher für eine Ehe, matrimonium, nuptiae gehalten, und war völlig wirksam, bey deren Eingehung die Gesetze waren befolgt worden [48]). Sie konnte auch nur zwischen einem Manne und einem Weibe eingegangen werden. Denn keinem Römer war es erlaubt, zwey Weiber zugleich zu haben, so wenig es einer Frau erlaubt war, zwey Männer zugleich zu haben [49]). Nach dem römischen Begriffe wird nun das Wesen der Ehe in einer individua vitae consuetudo gesetzt. Darunter wird aber nicht blos ein gemeinschaftliches Zusammenleben, sondern ein vertrau-

Vermögen der Ehegatten sich bezieht. S. Les Pandectes françaises par Delaporte et Riffe-Caubray Tom. XI. pag. 13.

47) §. 12. *I. de nupt.*

48) S. Robert Gedanken über den Begriff der Ehe §. 11. S. 85.

49) *L. 2. C. de incest. et inutil. nupt.* Impp. Diocletian. et Maxim. AA. Neminem, qui sub ditione sit Romani nominis, binas uxores habere posse, vulgo patet: cum etiam in Edicto Praetoris huiusmodi viri infamia notati sint.

ter ausschließlicher Umgang, eine ungetheilte Gemeinschaft aller sowohl körperlicher als geistiger Lebensverhältnisse verstanden. Eine dauernde Verbindung, welche nicht auf eine bestimmte Zeit, sondern auf die ganze Lebenszeit der Ehegatten eingegangen wird. Das Wort *individuum*, welches Justinian hier gebraucht hat, hat eine doppelte Bedeutung. Es bezeichnet a) dasjenige, was ungetheilt ist, oder sich in ungetheilter Gemeinschaft befindet, z. B. hereditas individua [50], individuum curae officium [51]; b) heißt auch *individuum*, was untheilbar ist, was nicht getheilt werden kann, z. B. wenn von Servituten, von Obligationen gesagt wird, sie sind untheilbar [52]. Daß in der ersten Bedeutung die Ehe eine individua vitae consuetudo sey, in welcher nichts Getheiltes ist, was den gemeinschaftlichen Umgang betrifft, sondern alles, sowohl in Beziehung auf das Geschlechtsverhältniß, als auch in Beziehung auf alle übrigen Verhältnisse des Lebens, gemeinschaftlich ist, leidet keinen Zweifel [53]. In dieser

50) *L. 32. §. 6. D. de administr. et peric. tutor.*

51) *L. 46. §. 1. D. eod.*

52) *L. 4. §. 1. D. de verbor. obligat.*

53) Diesen innigen Lebensverein zwischen Mann und Weib bezeichnet recht eigentlich die altrömische Eheformel: *ubi tu Caius, ego Caja*, welche PLUTARCH. *Quaestion. Romanar.* cap. 30. näher erklärt. Cur, sagt er, sponsam introducentes dicere iubent, *ubi tu Caius, ego Caia?* An quia hac conditione pacta intrat, *ut particeps omnium rerum et gubernandae familiae sit?* Itaque haec verba id significant, *ubi tu dominus eris et paterfamilias, ego domina ero et materfamilias.* Wie hoch der Name Caia, seit der *Caia Caecilia*, der Gemahlin des Königs *Tarquinius Priscus*, geachtet war,

Beziehung sagt denn auch Modestin, die Ehe sey ein consortium omnis vitae. Allein an Unauflöslichkeit der Ehe dachte Modestin wohl nicht, da zu seinen Zeiten nichts leichter trennbar war, als die Ehe, selbst die strenge Ehe mit in manum conventio, welche ohne Zweifel Modestin bey seinem Begriffe im Sinn hatte. Zwar war zu der Zeit die unter der religiösen Form der Confarreation eingegangene Ehe schon sehr selten, und, wie Gajus [54]) lehrt, nur noch bey den Priestern üblich; die Form der Ehe durch *usus* aber war ganz ausser Gebrauch gekommen [55]). Allein desto häufiger war die bürgerliche Form der Ehe durch Coemtion, die bey den Patriziern und Plebejern üblich war [56]). Man wählte diese Art der Ehe,

erhellet nicht nur aus Plutarch a. a. O., sondern auch aus Valerius Maximus Lib. X. in fin. Plinius *Hist. nat.* Lib. VIII. c. 48. Quinctilianus *Instit. orator.* Lib. I. cap. 7. S. Grupen Tract. de uxore Rom. Cap. V. §. 4.

54) *Institut.* Lib. I. §. 112. Tacitus *Annal. Lib. IV. cap.* 16.

55) Gajus *Instit. Lib. I.* §. 111. Usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat: nam velut annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat, filiaeque locum obtinebat. — *Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est.*

56) Gajus Lib. I. §. 113. *Coemtione* in manum conveniunt *per mancipationem*, id est, per quandam imaginariam venditionem, adhibitis non minus, quam quinque testibus, civibus Romanis puberibus, item libripende, praeter mulierem, eumque, cuius in manum convenit. §. 114. Potest autem *coemptionem* facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo:

weil man an eine strenge Ehe doch einmal gewöhnt war, schon darum, weil ihre Trennung mit weniger Schwierigkeiten verknüpft war, als die Art der Ehe durch Confarreation [57]. Denn nicht nur der Mann konnte die Frau aus irgend einer Ursach durch Remancipation wieder loswerden [58], sondern auch die Frau konnte den Mann, wenn sie ihm ein repudium zuschickte, nöthigen, sie aus

*** aut matrimonii causa facta coemtio dicitur, aut fiduciae causa. Quae enim cum marito suo facit coemtionem, ut apud eum filiae loco sit, dicitur *matrimonii causa fecisse coemtionem:* quae vero alterius rei causa facit coemtionem cum extraneo, veluti tutelae evitandae causa, dicitur *fiduciae causa fecisse coemtionem.* S. Grupen de uxore Rom. Cap. 5. §. 6. sqq.

57) Dem flamen dialis war die Scheidung ganz verboten. Nur durch den Tod konnte die Ehe eines solchen Priesters aufgehoben werden. Gellius *Noct. Att. Lib. X. cap.* 15. Festus v. *Flaminica.* S. Grupen Cap. 4. §. 25.

58) Gaius *Inst. Lib. I.* §. 115. Verb. deinde a coemtionatore *remancipata.* Ferner §. 118. Nihilominus etiam quae ei nupta non est, et ob id filiae loco sit, ab eo mancipari possit: plerumque solum et a parentibus et a coemptionatoribus mancipantur. Die Worte: *quae ei nupta non est*, sind wohl unstreitig fehlerhaft. Carl Wächter über Ehescheidungen bei den Römern. Stuttgart 1822. 8. S. 73. Not. ***. meint, es könnte vielleicht statt non, *usu* gelesen werden. Allein Gajus sagt ja selbst, daß zu seinen Zeiten die Ehe durch usus längst ausser Gebrauch gekommen sey. Grupen Cap. 3. §. 6. in fin. p. 58. glaubt, der Mann habe die Frau nicht wider ihren Willen remancipiren können. Allein die Stelle des Paulus *Sent. receptar.* Lib. II.

seiner Gewalt wieder zu entlassen[59]. Noch leichter aber war die laxe Ehe aufzulösen, die mit keiner in manum conventio verbunden war. Bey dieser war aus jeder Ursach beyden Ehegatten die Trennung erlaubt, und diese Freyheit konnte auch durch kein entgegenstehendes Uebereinkommen der Ehegatten gehindert werden[60]. Es mußte nur in Gemäßheit der Lex Iulia de adulteriis coercendis der Scheidende seine Absicht, sich zu scheiden, ausdrücklich mittelst der dabey üblichen Formel, welche uns Gajus[61]) aufbehalten hat, nämlich: *tuas res tibi ha-*

cap. 25. §. 5. worauf er sich bezieht, redet von der Emancipation eines filiusfamilias. Nun unterscheidet sich eben dadurch die manus von der väterlichen Gewalt, daß diese nicht durch einseitigen Willen weder der Kinder noch des Vaters, wohl aber jene also gelöst werden konnte, wie die in der folgenden Note angeführte Stelle des Gajus beweist. S. auch Eduard Gans Scholien zum Gajus. 3. Sch. S. 172.

59) Gaius *Lib. I.* §. 137. Sed filia quidem nullo modo patrem potest cogere, etiamsi adoptiva sit: *haec autem, repudio misso, virum proinde compellere potest, atque si ei numquam nupta fuisset.* Ist nun gleich diese Stelle lückenhaft, so sieht man doch aus dem vorhergehenden §. 136, daß Gajus eine Vergleichung zwischen einer filia anstellt, quae in parentis potestate est, und einer Frau, quae in viri manu est, und zwar in Beziehung auf Befreiung aus der Gewalt, worin sich beyde befinden.

60) *L. 134. D. de Verb. obligat. L. 2. C. de inutilib. stipulat.*

61) *L. 2. §. 1. D. de divortiis.* In repudiis autem, id est, renunciationibus, (so lesen, statt *renunciatione*, richtiger Haloander, Chevallon, Baudoza und Merlin)

beto: desgleichen *tuas res tibi agito*, und zwar in Gegenwart von sieben Zeugen, die mündig und römische Bürger seyn mußten [62]), erklärt haben. Aus allen erhellet also so viel, daß der Ausdruck *individuum* in dem Begriff von matrimonium nicht die Bedeutung von Unauflößlich haben könne, so gewiß es auch übrigens ist, daß die Worte des Modestinus: consortium *omnis vitae*, auf die Absicht einer lebenslänglichen Vereinigung

comprobata sunt haec verba: *tuas res tibi habeto*: item haec: *Tuas res tibi agito*. Daß diese Worte wirklich ein wesentlicher Bestandtheil der Ehescheidungsformel waren, beweisen noch folgende Zeugnisse der Alten. Plautus *Amphitruo*. Act. III. Sc. 2. v. 47. Martialis *Epigr*. X. 41. Seneca *Controv*. Lib. II. cap. 13. Cicero *Orat*. *Philipp*. II. cap. 28. Quinctilian. *Declamat*. *CCLXII*. Apulejus *de asino aureo* Lib. V. Aus diesen Zeugnissen ergiebt sich auch die Richtigkeit der Leseart. Es scheint der ersten Formel sich die scheidende Frau gegen den Mann, der andern aber sich der scheidende Mann gegen die Frau bedient zu haben. Jene sprach zum Manne, du magst deine Sachen für dich behalten. Dieser sagte zur Frau, du magst deine Sachen mit dir nehmen. So haben auch die *Basilica* Tom. IV. pag. 328. das Geschlecht unterschieden: τὰ σεαυτῆς πράττε, τὰ σεαυτοῦ πράττε. Wohl möglich ist es jedoch, daß mit jener Formel noch andere verbunden worden sind, z. B. *Exi foras*. *Apage sis*. Dergleichen *Barn*. Brissonius de Formulis Lib. VIII. cap. 35. anführt.

62) *L*. 9. *D*. *de divort*. *L*. *un*. *D*. *Unde vir et ux*. *L*. 43. *D*. *ad*. *L*. *Iul*. *de adult*. *L*. 35. *D*. *de donat*. *inter vir*. *et uxor*. S. *Ge*. *Aug*. Marche Hist. iur. civ. de divortiis. §. 9.

hindeuten [63]. Hierdurch unterschied sich auch vorzüglich die Ehe vom Concubinate, als einer solchen Geschlechtsverbindung, bey welcher die Absicht einer individua vitae consuetudo nicht Statt hatte [64]. Modestin setzt endlich in seinem Begriff von nuptiae noch zuletzt die Worte hinzu: *divini et humani iuris communicatio.* Diese Worte, welche Accursius auf eine lächerliche Art von einer Religionsgleichheit der Ehegatten erklärt, beziehen sich vielmehr auf die Gemeinschaft der sacra privata familiae, welche eine vorzügliche Wirkung der Ehe besonders der mit der conventio in manum war [65]. Durch die coemtio cum marito, welche, wie Galvanus [66]) bemerkt, fast nur noch die einzige Form der strengen Ehe zu Modestins Zeiten war, gieng nämlich die Frau in die Familie ihres Ehemanns über, und nahm, gleich einer filiafamilias, die Stelle eines suus heres ein [67].

63) *Ant.* Faber iurisprud. Papinian. Tit. IX. Princ. 5. Illat. 24. pag. 455. und *Hug.* Donellus Commentar. iur. civ. Lib. XIII. cap. 18. pag. 658.

64) S. Robert über den Begriff der Ehe. §. 10. u. 11.

65) S. *Franc.* Connanus Commentarior. iuris civ. Tom. II. Lib. VIII. cap. 4. pag. 603, und von Savigny über die sacra privata der Römer, in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft. 2. B. S. 403. f.

66) De usufructu Cap. 8. nr. VIII. Daß Modestin auf diese strenge Ehe Rücksicht genommen habe, behauptet auch *Ger.* Noodt Probabil. iuris civ. Lib. II. cap. 9.

67) Gellius *Noct. Attic.* Lib. XVIII. cap. 6. in fin. Matremfamilias appellatam esse eam solam, quae in mariti manu mancipioque esset; *quoniam non in matrimonium tantum, sed in familiam quoque mariti, et in sui heredis locum venisset.* — Gaius *Instit. Lib. I.*

Der Mann erhielt dadurch eben die Gewalt über sie, die er über seine Kinder hatte, welche aber hier vorzugsweise mit dem Worte manus bezeichnet wird [68]. Er erwarb daher auch durch sie, wie durch seine Hauskinder [69]. Hierauf bezieht sich, was Cicero [70] sagt: Cum mulier viro *in manum* convenit, *omnia*, *quae mulieris fuerunt*, *viri fiunt dotis nomine*. Der Mann konnte daher, so lang die Geschlechtstutel noch im Gebrauche war, der Frau in manu so gut, wie seiner Tochter in potestate, einen testamentarischen Tutor ernennen, wie durch das Zeugniß des Gajus [71] außer

§. 114. Quae cum marito suo facit coemptionem, *ut apud eum filiae loco sit*, dicitur *matrimonii causa* fecisse coemtionem. Derselbe §. 156. Quamvis hae solae *loco filiarum* habeantur, quae in viri manu sunt.

68) Gaius *Lib. I.* §. 109. Sed in potestate quidem et masculi et feminae esse solent; *in manum autem feminae tantum conveniunt.*

69) Ulpianus *Tit. XIX.* §. 18. Acquiritur autem nobis etiam per eas personas, quas in potestate, *manu*, mancipiove habemus. Grupen Cap. 3. §. 8.

70) *Topic.* cap. 4.

71) *Instit. Lib. I.* §. 148. Ei, quae in manu est, proinde ac filiae, item nurui, quae in filii manu est, proinde ac nepti tutor dari potest. Diese testamentarische Tutel hatte jedoch das Eigene, daß dabey die tutoris optio Statt fand. Der Mann konnte nämlich die Wahl des Tutors der Frau überlassen. Gajus sagt dieses §. 150. In persona autem uxoris, quae in manu est, recepta est etiam *tutoris optio*, id est, ut liceat ei permittere, quem velit ipsa tutorem sibi optare; hoc modo: *Titiae uxori meae tutoris optionem do.* S. Ed. Gans Scholien zum Gajus. Sch. IV. S. 182. ff.

allen Zweifel gesetzt wird. Die Frau in manu war aber doch nur filiae loco, keine filiafamilias. Man gab ihr vielmehr den ausgezeichneten Namen materfamilias zum Unterschiede der uxor in einer freien Ehe, wodurch aber mehr auf Ehrerbietung und Würde, als auf eine Gewalt hingedeutet wurde, welche bey ihr unmöglich war [72]. Cicero [73] unterscheidet diese beyden Arten der Eheweiber in Rücksicht der Form der Ehe genau, wenn er sagt: Uxorum duae formae, una *matrumfamilias*, quae *in manum* convenerunt, altera earum, quae tantummodo *uxores* habentur. Was nun Dionys von Halicarnaß [74] von einer solchen Ehefrau sagt, welche durch Confarreation in die Gewalt ihres Mannes gekommen war, daß sie an all' seinem Vermögen, und seinem Hauscultus Antheil gehabt habe; (*κοινωνὸν ἁπάντων ἐιναι χρημάτων τὲ καὶ ἱερῶν*) das galt auch von der in manum conventio durch Coemtion; und Noodt [75] hat daher nicht Unrecht, wenn er das divinum und humanum ius, durch sacra familiaria und hereditas erklärt; denn beydes war mit einander verbunden, und die Sacra giengen mit dem Vermögen auf den Erben über [76]. Während der Ehe wurden also die Sacra

72) *L.* 195. §. 2. *D. de V. Signif.* Grupen de uxore Rom. Cap. VII. §. 2.

73) *Topic.* cap. 2. Man vergl. auch Quinctilian. *Instit. orat.* Lib. V. cap. 10. Festus voc. *Materfamilias.*

74) *Antiquit. Rom.* Lib. II. pag. 95. edit. Sylburg.

75) Probabil. iur. civ. Lib. II. cap. 9.

76) Cicero *Orat. pro domo.* cap. 21. et 51. und *de Legib.* Lib. II. cap. 19. von Savigny angef. Abh. über die sacra privata der Römer. (Zeitschr. für gesch. Rechtswissens. 2. B. S. 363.)

des Mannes zugleich als Verpflichtung der Frau betrachtet. Da eine uxor tantum keine Familienrechte hatte, und ihren Mann auch nicht beerbte, so hatte auch bey ihr keine Gemeinschaft der Sacrorum Statt [77]). Gleichwohl finden sich Stellen in dem Justinianeischen Gesetzbuche [78]), wo auch diese eine socia rei humanae atque divinae genennt wird; und da zu Justinians Zeiten die strenge Ehe durch in manum conventio längst außer Gebrauch war, und also alle Eheweiber uxores tantum waren [79]); so ist auch gewiß keinem Zweifel unterworfen, daß der vom Modestin in die Pandecten aufgenommene Begriff von der Ehe nicht in dem Sinne einer strengen altrömischen Ehe zu nehmen sey. Man konnte den Beysatz: *divini et humani iuris communicatio* ohne Bedenken stehen lassen, und die Frau noch immer eine *socia rei humanae atque divinae* nennen, nachdem auch die sacra familiaria längst aufgehört hatten; so wie man die auch hierauf sich beziehenden Redensarten *in sacris esse*, *in sacris manere*, *in sacris retineri*, *exire e sacris patris*, als einmahl eingeführte Kunstausdrücke, selbst in den Verordnungen der christlichen Kaiser [80]) beybehielt, um die

77) Gruppen de uxore Rom. Cap. 3. §. 22. Cap. 7. §. 6. et 8.

78) *L. 4. Cod. de crim. expil. hered.* Adversus *uxorem*, quae *socia rei humanae atque divinae* domus (richtiger domum S. Cujacii recitation. solemn. in Cod. Lib. IX. Tit. 32.) suscipitur, mariti diem suum functi successores, expilatae hereditatis crimen intendere non possunt.

79) Gruppen Cap. VII. §. 2. pag. 297.

80) *L. 2. C. de bonis, quae liberis. L. 3. C. de suis et legitim. lib. L. 12. C. de collat. L. 3. C. de bonis matern. L. 10. C. de nupt. L. ult. §. ult. C. de inoff.*

Fortdauer oder Aufhebung der väterlichen Gewalt zu bezeichnen [81]. Unstreitig sollte also dadurch die innigste ungetheilte Gemeinschaft bezeichnet werden, so wie sie nur immer unter den vertrautesten Freunden Statt finden kann. Cicero [82]) sagt ja selbst von der Freundschaft, sie sey nichts anders, als *omnium divinarum humanarumque rerum* cum *benivolentia et caritate summa consensio*, und es paßt ganz auf den Begriff des Modestins, wenn Seneca [83]) sagt: Consortium rerum omnium inter nos facit *amicitia*. Nie hat jedoch die Ehe nach dem Römischen Rechte eine Gemeinschaft der Güter begründet, sofern sie auf ein Miteigenthum geht. Denn durch die conventio in manum gieng das ganze Vermögen der Frau, und was sie erwarb, auf den Mann über. Dionys [84]) nennt sie zwar domina (*κυρία τοῦ ὄικου*), aber nur in der Beziehung, in welcher Paulus [85]) überhaupt von suis heredibus sagt: quod etiam vivo patre quodammodo *domini* existimantur, und Justinian [86]) den Namen *sui heredes* daher erklärt, quia domestici heredes sunt. Deswegen fügt auch Dionys hinzu, die Frau habe den Mann,

testam. L. 13. *C. de legitim. hered. L.* 31. *C. de fideicomm. L.* 1. *in fin. Cod. de ann. except.* Galvanus de Usufructu. Cap. 8. Nr. VIII. pag. 59. sq.

81) S. von Savigny a. a. O. S. 400.

82) Laelius *de amicitia.* cap. 6.

83) *Epist.* 48.

84) Lib. II. pag. 95. *edit. Sylb.*

85) *L.* 11. *D. de liber. et postum.*

86) §. 2. *I. de hered. qualit. et differ.*

wie eine Tochter den Vater, beerbt, und Gajus [87]) sagt es ausdrücklich: Uxor, quae in manu est, et *sua heres* est, quia *filiae loco* est. In einer freien Ehe aber hatte eine Gemeinschaft der Güter noch weniger Statt. Zwar sagt Paulus [89]), quod societas vitae uxorem quodammodo dominam faciat, darum finde auch gegen sie die actio furti nicht Statt; allein gerade das quodammodo beweißt auch, daß sie nicht in Rücksicht des Miteigenthums, sondern vielmehr nur in Rücksicht des ungetheilten Gebrauchs an den Sachen des Mannes, welchen sie als Hausfrau genießt, domina genennt werde. Was Seneca [90]) von vertrauten Freunden sagt: Quidquid habet amicus, *commune est nobis*, sed illius proprium est, qui tenet; bestätigt auch insonderheit in Ansehung der Ehe Ulpian, wenn er *lib.* 60. *ad Edictum* [91]) sagt: Quamquam neque viri servi proprie uxoris dicantur, neque uxoris proprie viri; sed *quia commixta familia et una domus est*, ita vindicandum atque *in propriis servis*, Senatus censuit [92]).

87) *Collat. LL. Mosaicar. et Rom.* Tit. XVI. §. 2.

88) *L.* 8. *C. de pactis convent.*

89) *L.* 1. *D. de actione rer. amotar.*

90) *De beneficiis.* Lib. VII. cap. 12.

91) *L.* 1. §. 15. *D. de SCto. Silan.*

92) S. *Franc.* Duarenus Comment. in Lib. XXIV. Dig. eiusq. Tit. Soluto matrim. dos quemadm. pet. *De nuptiis* Cap. I. (*Operum* pag. 244.) *Ger.* Noodt Probabil. iuris civ. Lib. II. cap. 9. *Ev.* Otto Commentar. ad §. 1. I. de patria potest. und *Ge.* D'Arnaud Conjectur. iuris civ. Lib. II. cap. 19. pag. 343. sq.

So wenig nun in der einen, wie in der andern Definition, welche uns das Römische Recht von der Ehe giebt, der Kinderzeugung, als Zweck der Ehe, gedacht wird, so gewiß ist es übrigens, daß die Römer die Ehe vorzüglich als das Mittel sittlicher Bevölkerung betrachteten, und die möglichste Beförderung derselben zum Hauptaugenmerk machten. Daher die Formel, uxorem liberorum quaerendorum caussa habere, mit welcher dieselben den Character der Ehe zu bezeichnen pflegten [93]; ja deren eidliche Bestärkung zuweilen die Censoren zum Beweise verlangten, daß ein Bürger wirklich in der Ehe lebe, wie das Beyspiel des Spurius Carvilius Ruga bey Gellius [94]) bestätiget. Daher die Belohnungen für fruchtbare Ehen, welche die Lex Julia et Papia Poppaea festgesetzt hatte, und die deswegen Terentius Clemens [95]) eine legem sobolis procreandae causa latam nennt. Daher wird denn auch die Möglichkeit der Geschlechtsvereinigung zur Wirklichkeit der Ehe so nothwendig erfordert, daß der Mangel derselben eine rechtmäßige Ursach zur Trennung der Ehe abgiebt [96]). Auch

93) S. Ennius apud *Festum* in voc. *quaeso*. Varro apud *Macrobium* Saturnal. Lib. I. c. 16. Valerius Maximus Lib. VII. cap. 7. nr. 4. Tacitus *Annal.* Lib. XI. c. 27. Augustinus *adv. Julian* Lib III. et *Sermon.* 44 et 51. c. 13. Callistratus *L.* 220. §. *ult. D. de V.* 5.

94) *Noct. Atticar.* Lib. IV. cap. 3.

95) *L.* 64. *D. de condition et demonst.*

96) *L.* 10. *C. de repud.* Imp. Iustinianus. In causis iamdudum specialiter definitis, ex quibus recte mittuntur *repudia*, illam addimus, ut, si maritus uxori ab initio matrimonii usque ad duos annos continuos computandos *coire minime propter naturalem imbecillitatem va-*

das Canonische Recht begünstigt die Ehe, als das Mittel, die Erzeugung der Kinder sittlich möglich zu machen, wenn sich auch die Ehegatten selbst den Zweck der Kinderzeugung nicht vorgesetzt hätten [97]. Es erfordert daher zur Schließung einer wahren Ehe die Möglichkeit der Beywohnung, und erlaubt wegen einer unheilbaren Unfähigkeit zum Beyschlafe Trennung der Ehe [98]. Es hat aber auch nichts dagegen, wenn die Ehegatten dennoch beysammen bleiben wollen, ut quam quis tanquam uxorem habere non possit, habeat ut sororem [99]. Zum Beweise, daß nach den Ansichten des canonischen Rechts das Geschlechtsverhältniß nicht den ausschließlichen Character, sondern nur einen Theil der durch die Ehe zu begründenden Gemeinschaft ausmache, ohne welchen sie immer noch als solche bestehen kann. In der That stimmt

leat, possit mulier vel eius parentes sine periculo dotis amittendae repudium marito mittere.

97) *Can.* 6. *Caus. XXXII. Qu.* 2. Augustinus. Solet quaeri, cum masculus et foemina — sibimet *non filiorum procreandorum*, sed pro incontinentia, *solius concubitus causa*, copulantur, ea fide media, ut nec ille cum altera, nec illa cum altero id faciat, utrum *nuptiae* sint vocandae. Et potest quidem fortasse non absurde hoc appellari *connubium*, si usque ad mortem alicuius eorum id inter eos placuerit, et prolis generationem, *quamvis non ea causa coniuncti sint*, non tamen vitaverint, ut vel nolint sibi nasci filios, vel etiam opere aliquo malo agant, ne nascantur.

98) *Can.* 11. *Caus. XXXII. Qu.* 1. *Cap.* 2. 3. *et* 6. X. *de frigid.*

99) *Cap.* 4 *et* 5. X. *eodem.* S. Robert Gedanken über den Begriff der Ehe §. 8.

auch selbst das römische Recht mit diesen Ansichten überein, welches auch noch im Greisenalter die Ehe gestattet [100].

§. 1206.

Unterschied zwischen Ehe und Verlöbniß.

Aus dem, was bisher von dem Verlöbniß und der Ehe gesagt worden ist, ergiebt sich nun von selbst, wie beyde von einander unterschieden sind; indem ersteres, als ein bloßer Vorbereitungsvertrag, noch kein gesellschaftliches Verhältniß zwischen den Verlobten bewirkt, auch kein Recht zum Beyschlafe giebt [1]. Daher entsteht auch aus Verlöbnißen noch keine Affinität, obwohl die Verbindung unter Verlobten in den Gesetzen zuweilen [2], so wie auch die künftige Ehe [3], adfinitas, genennt wird. Nur ein analoges Verhältniß entsteht aus einem gültigen Eheverlöbniß, welches man Quasi-Adfinität nennt, davon in der Folge §. 1211. die Rede seyn wird. Sponsalien erfordern daher auch noch keine Fähigkeit zum Beyschlafe,

100) *L.* 27. *Cod. de nupt.* S. PÜTTMANN Commentat. de nuptiis senum. *Halae* 1782. 8.

1) Ob aber und in wiefern der Beyschlaf zwischen Verlobten zu bestrafen sey, lehrt Quistorp in den Grundsätzen des peinl. Rechts. 2. B. §. 477. a. S. 261. nach der neuesten Ausgabe von Klein und Konopak, und Tittmann im Handbuch des gemein. deutschen peinl. Rechts. 3. Th. §. 570. Man sehe auch Lobethan's Einleitung zur theoret. Eherechtsgelahrtheit §. 19.

2) *L.* 8. *D. de condict. caus. dat. caus. non sec.* *L.* 38. §. 1. *D. de usur. et fructib.* S. den 13. Th. dieses Commentars. §. 822. Not. 35. S. 21.

3) *L.* 15. *C. de donat.* *L. un. Cod. de imponenda lucrat. descriptione.*

wirken weder Gütergemeinschaft noch Erbrecht, die Braut hat noch keine dingliche Dotalrechte, erhält noch nicht die Würde des Bräutigams, noch desselben Gerichtsstand, auch sind Schenkungen unter Verlobten gültig, und Sponsalien eher zu trennen, als eine Ehe [4].

§. 1207.

In wiefern werden Verlobte und Ehegatten in den Gesetzen einander gleichgestellt?

So verschieden aber auch Sponsalien und Ehe von einander sind; so haben dennoch die Gesetze manche Wirkungen der Ehe auch schon darum den Sponsalien beygelegt, weil doch Verlobte als künftige Ehegatten zu betrachten sind. Denn so sind Verlobte einander gegenseitige Treue schuldig [5]. Jedoch kann deren Verletzung durch Beyschlaf mit einer dritten Person nicht als ein Ehebruch bestraft werden, ob sie gleich einige [6] ein quasi adulterium zu nennen pflegen, welches aber auf einem offenbaren Mißverstande eines Gesetzes [7] des römischen Rechts be-

4) S. J. H. Boehmer Diss. de diverso sponsalium et matrimonii iure. *Halae* 1737. 4.

5) Brouwer de iure connubior. Lib. I. cap. 24. nr. 2. *Ern. God. Chr.* Klügel Diss. de fide sponsalitia. *Wittenb.* 1782.

6) Koch Institut. iur. crim. §. 305. Berardus Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. II. Quaest. 6.

7) *L.* 13. §. 3. *D. ad. Leg. Jul. de adult. coercend.* Divi *Severus* et *Antoninus* rescripserunt, etiam in *sponsa* hoc idem (adulterium) vindicandum: quia neque *matrimonium* qualecunque, neque *spem* matrimonii violare permittitur. Allein es ist hier vom adulterium

ruhet [8]). Verlobte können ferner so wenig, als Ehegatten, für einander ein unverdächtiges Zeugniß ablegen [9]). Gegen die Braut findet auch eben so wenig, als gegen die Ehefrau, die actio furti, sondern propter reverentiam personae nur die condictio furtiva Statt [10]). Besonders aber ist der Bräutigam befugt, die seiner Braut zugefügte Beschimpfung, wie die seinige, zu ahnden [11]). Jedoch hat die Braut wegen ihres vor der Ehe dem Bräutigam überlieferten Heyrathsguts nur das persönliche Vorzugsrecht, nicht aber die dinglichen Dotalrechte, mit der Ehefrau gemein [12]).

im weiten Sinn des Julischen Gesetzes die Rede, in welchem es auch für stuprum genommen wird. *L.* 6. §. 1. und *L.* 29. §. 1. *D. ad L. Iul. de adult.* S. *Ev.* Otto Papinian. Cap. V. §. 4. und *Jo. Guil.* Hoffmann lib. sing. ad Leg. Iul. de adult. coercend. Cap. IV. §. 2.

8) S. von Feuerbach Lehrbuch des peinl. Rechts. §. 375. und Tittmann's Handbuch des peinlichen Rechts. 3. Th. §. 576.

9) Noch weniger können sie wider einander zum Zeugniß zugelassen werden. S. Schneiders vollständige Lehre vom rechtl. Beweise. §. 125. Hommel Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 211. pag. 368. und den 22. Th. dieses Commentars §. 1178. S. 180.

10) *L.* 3. §. 2. *D. de act. rer. amotar.* Die actio rerum amotarum findet nicht Statt, quia *divortii causa* competit. *L.* 17. *pr. et L.* 25. *D. eodem.* Voet Comm. ad Pand. Lib. XXV. Tit. 2. §. 1. will nur eine actio in factum gestatten.

11) *L.* 15. §. 24. *D. de iniur.*

12) S. den 19. Th. dieses Commentars §. 1088. S. 94.

§. 1208.

Wer kann eine Ehe schließen und wer ist unfähig?

Wer eine Ehe schließen will, muß 1) mündig seyn, 2) die Fähigkeit haben den Eheconsens auf eine verbindliche Art zu erklären; es muß ihm 3) auch sonst kein rechtliches Hinderniß entgegenstehen, weshalb ihm die Gesetze die Ehe verbieten. Unfähig zur Schließung einer Ehe sind daher

I) Unmündige; darunter werden hier Mannspersonen verstanden, die noch nicht vierzehen, und Frauenspersonen, die noch nicht zwölf Jahre alt sind [13]). Das römische Recht erklärt eine solche Ehe für nichtig, welche vor dem Eintritt des gesetzlichen Alters ist eingegangen worden; die unmündige Ehefrau soll nicht eher für eine uxor legitima gehalten werden, als bis sie das zwölfte Jahr bey dem Manne erfüllt hat; ja es soll eine solche Verbindung nicht einmal als ein Verlöbniß gelten, wenn keine Sponsalien vorausgegangen waren. Giengen diese voraus, so wird die Frau wenigstens bis zur Zeit der eingetretenen Pubertät als Braut angesehen, und eine ihr während dieser Zeit von ihrem Manne gemachte Schenkung ist gültig, sonst ist auch diese nichtig, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 9. D. de sponsal. ULPIAN. *libro* XXXV. *ad Edictum.* Quaesitum est apud *Iulianum*, an sponsalia sint ante duodecimum annum, si fuerint

13) *Pr. I. de nupt.* Iustas nuptias inter se — contrahunt — masculi quidem puberes, foeminae autem viripotentes. *L. 24. Cod. de nupt.* S. *Jo.* D'AVEZAN Tr. de nuptiis s. de matrimoniis Cap. 14. und *Henr.* BROUWER de iure connubior. Lib. II. cap. 3.

nuptiae collatae [14]? Et semper *Labeonis* sententiam probavi, existimantis, si quidem praecesserint sponsalia, durare ea, quamvis in domo loco nuptae esse coeperit: si vero non praecesserint, hoc ipso, quod in domum deducta est, non videri sponsalia facta: quam sententiam *Papinianus* quoque probat.

L. 4. D. de ritu nupt. Pomponius *libro III. ad Sabinum.* Minorem annis duodecim nuptam, tunc *legitimam uxorem* fore, cum apud virum explesset duodecim annos.

L. 32. §. 27. D. de donat. inter vir. et uxor. Ulpianus *libro XXIII. ad Sabinum.* Si quis sponsam habuerit, deinde eandem uxorem duxerit, cum non liceret: an donationes quasi in

14) *Nuptiae collatae* heißt hier soviel, als nuptiae celebratae, nicht in tempus pubertatis dilatae, wie Brouwer a. a. O. nr. 23. ausführlich bewiesen hat. Es ist daher nicht nöthig mit Bynkershök in dem Göttingischen Corp. iur. *conflatae* zu lesen. Wäre eine Emendation nöthig, so würde ich lieber mit Cujaz Observat. Lib. XI. cap. 15. *collocatae* lesen; denn collocare nuptias kommt auch bey Cicero *de Oratore* lib. III. vor. S. *Guil.* Ranchinus variar. Lection. Lib. II. cap. 4. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. V. pag. 939.) Uebrigens bestärkt die Erklärung von *nuptiae collatae* nicht nur der Nachsatz, quod in domum deducta est; sondern auch der griechische Scholiast, welcher in den Basiliken Tom. IV. pag. 219. sagt: Ζητοῦμεν ἄρα ἐάν γένωνται γάμοι πρὸ τῶν ιβ'. ἐτῶν, μνηστείαν δεῖ καλέσαι τὸ γεγονὸς. *Quaerimus igitur, si nuptiae contractae sint ante annum duodecimum, an sponsalia appellare oporteat, quod actum est.*

sponsalibus factae valeant, videamus? Et *Iulianus* tractat hanc quaestionem in minore duodecim annis, si in domum quasi mariti immatura sit deducta: ait enim hanc sponsam esse, etsi uxor non sit. Sed est verius, quod *Labeoni* videtur, et a nobis et a *Papiniano* libro decimo Quaestionum probatum est, ut siquidem praecesserint sponsalia, durent, quamvis iam uxorem esse putet, qui duxit: si vero non praecesserint, neque sponsalia esse, quoniam non fuerunt, neque nuptias, quod nuptiae esse non potuerunt. Ideoque si sponsalia antecesserint, valet donatio: si minus, nulla est: quia non quasi ad extraneam, sed quasi ad uxorem fecit.

Hieraus erklärt sich nun, was Javolen aus des Labeo's *libro VI. Posteriorum* excerpirt hat, und *L.* 65. *D. eodem* so lautet: Quod vir ei, quae nondum viripotens nupserit, donaverit, ratum futurum existimo [15]).

Auch das canonische Recht erfordert die Pubertät zur Schließung einer Ehe. Ist die Ehe vor dem Eintritt derselben geschlossen worden, so soll sie dann erst ihre Rechtsbeständigkeit erhalten, wenn der Unmündige, nachdem er das gesetzmäßige Alter erreicht hat, die Ehe nochmals bestätiget. Bis dahin sollen sie wenigstens beyde beysammen bleiben. Sollte sich dann die Fähigkeit zur Beywohnung bey dem unmündigen Theile vor dem sonst gewöhnlichen Alter eingestellet haben, so ist nun die Ehe gültig, und es kann dann nicht mehr auf Trennung

15) S. Labitti usus indicis Pandectar. Cap. V. §. 37. (in Wieling iurispr. restitut. T. II. pag. 115.)

angetragen werden, welche sonst der Unmündige, nach eingetretenem gesetzlichen Alter, hätte verlangen können, wenn es ihm nicht länger in der Ehe zu bleiben gefallen hätte. Es gehören hierher vorzüglich folgende Stellen des canonischen Rechts.

Cap. 8. X. *de desponsat. impuber.* Alexander *III. Bathon. Episcopo* (anno 1170.) A nobis tua discretio requisivit, utrum iis, qui intra annos nubiles matrimonii nomine coniunguntur, vel eorum alteri, antequam ad annos, aptos matrimonio, perveniant, liceat a matrimonio tali discedere? Ad quod (*inquisitioni tuae*) taliter respondemus, quod pro eo, quod ante nubiles annos coniugalem consensum (*de sanctorum patrum*) non habent (*auctoritate*,) usque ad legitimam aetatem exspectare tenentur: et tunc aut confirmetur matrimonium, aut, si simul esse noluerint, separentur; nisi (*forte*) carnalis commixtio ante intervenerit: cum interdum illa tempus anticipare soleat pubertatis.

Cap. ult. X. *eodem.* Innocentius *III. Episcopo Abbaten.* (anno 1203.) Tuae nobis exhibitae litterae continebant, quod quidam (*vir nobilis*) filiam suam, circiter XII. annos habentem, cuidam nobili desponsavit, qui subarrhavit eandem, consensu mutuo accedente. Quia vero nobis constare non potuit, cuius aetatis esset puella, cum eidem viro exstitit desponsata; cum dicatur, quod circiter XII. annos habebat, utrumne prudentia tunc in illa suppleret aetatem; (*fraternitati tuae taliter*) respondemus, quod, si puella (*tunc nubi-*

lis erat aetatis, et inter eam et primum virum legitimus intervenit de praesenti consensus, absque dubio inter eos erat legitimum matrimonium contractum: etsi carnalis commixtio non fuerit subsequuta. Si vero puella) nubilis non erat aetatis, cum saepe fatus vir desponsavit eandem, et aetatem in ea prudentia non supplebat; procul dubio inter eos non coniugium, sed sponsalia contracta fuerunt: quamvis ab ipso viro eadem (*puella*) fuerit subarrhata.

Man giebt dem canonischen Rechte Schuld, es habe die Meinung der Cassianer wieder angenommen, und bey der Bestimmung der Ehemündigkeit nicht auf eine bestimmte Zahl von Jahren, sondern blos auf die natürliche Zeugungsfähigkeit gesehen [16]. Die Glosse behauptet sogar, das canonische Recht erfordere bey Schließung der Ehe eine Besichtigung nicht blos bey Mannspersonen, sondern selbst bey Frauenspersonen. Diese Meinung ist durch das *cap.* 3. *X. de desponsat. impub.* veranlaßt worden, in welchem Isidor sagt: *Puberes* a pube sunt vocati, id est, a pudentia corporis nuncupati: quia haec loca primo lanuginem ducunt. Quidam tamen ex annis pubertatem aestimant, id est, eum esse puberem, qui XIV. annos implevit, quamvis tardissime pubescat. Certum autem est, eum puberem esse, ex habitu corporis pubertatem ostendit, et generare iam potest. Et puerperae sunt, qui in annis puerilibus pariunt. Allein Isidor erklärt hier blos die Etymologie des Worts pubes, ohne alle Beziehung auf Schließung der Ehe, und ohne den

16) S. Brouwer c. l. nr. 18. pag. 363.

entferntesten Gedanken an eine Besichtigung, welche schon das Alterthum, besonders bey dem weiblichen Geschlechte, für unkeusch und unschicklich hielt [17]. Nur allenfalls dann, wenn die Jungferschaft einer Frauensperson in Streit gezogen wird, billigt das canonische Recht eine körperliche Besichtigung, nicht bey Schließung einer Ehe [18]. Hierzu kommt, daß Isidor in Spanien lebte, wo blos der Theodosianische Codex galt, und daher Justinians Verordnung [19]) von der Bestimmung der Jahre der Pubertät unbekannt war [20]). Daß aber auch das canonische Recht die römische Bestimmung der Pubertät angenommen habe, erhellet aus *cap.* 2. 6. 10. und 11. X. *de desponsat. impub.* Es weicht nur darin von demselben ab, daß es eine vor dem Eintritt des gesetzlichen Alters geschlossene Ehe für gültig erklärt, wenn sich die Merkmale einer früheren Reife in der That, also nicht durch Besichtigung des Körpers, welche auch das canonische Recht nirgends gebilliget hat, und Justinian [21]) auch selbst bey Mannspersonen für unschicklich und der Keuschheit seines Zeitalters unwürdig hielt, geäussert haben. Von solchen frühreifen Unmündigen sagt das canonische Recht, quod in eis aetatem supplevisse malitia videatur. Folgender Text ist hier noch merkwürdig.

Cap. 9. *X. de desponsat. impub.* ALEXANDER *III. Genuen. Archiepiscopo* (ann. 1180.). De illis, qui

17) *Pr. I. Quib. mod. tutela finit.*

18) *Can.* 4. *C. XXVII. Qu.* 1. *Cap.* 4. *et* 14. *X. de probat.*

19) *L.* 3. *Quando tutor. vel curator. esse desin.*

20) S. BERARDUS Comm. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. IV. Cap. 2. pag. 83. sq.

21) *Pr. I. Quib. mod. tut. finitur.*

in minori aetate desponsantur, (*traduntur et coniunguntur, et processu temporis divortium postulant, minorem allegantes aetatem*) respondemus, quod, si ita fuerint aetati proximi, quod potuerint copula carnali coniungi, minoris aetatis intuitu (*ab invicem*) separari non debent, si unus in alium visus fuerit consensisse: *cum in eis aetatem supplevisse malitia videatur.*

Die deutschen Gesetze sehen bey der Bestimmung der Ehemündigkeit nicht blos auf Zeugungskraft, sondern zugleich auf die Fähigkeit, einem eigenen Hauswesen gehörig vorzustehen, und erfordern daher insgemein ein reiferes Alter [22]. Sie stimmen meistens darin überein, daß sie bey Mannspersonen ein Alter von achtzehen, und bey den Frauenspersonen ein Alter von vierzehen oder funfzehen Jahren erfordern [23].

II. Alle von Natur Unvermögende (Spadones [24]), frigidi [25]) und Castraten. Sicut puer, qui

22) S. von Bülow und Hagemann's practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 2. B. Nr. LXI. Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. 2. §. 27. und Hofmann's teutsches Eherecht §. 2.

23) Man vergleiche Preuß. Landrecht 2. Th. 1. Tit. §. 37. u. Handbuch des Baierischen Kirchenrechts. 1. B. §. 143. Auch das französische Gesetzbuch Art. 144. stimmt damit überein.

24) S. den 2ten Th. dieses Commentars §. 150. S. 353. und *Franc.* Ram. del Manzano Comm. ad Leges Iul. et Papiam Lib. III. Cap. 4. (*Thes. Meerm.* Tom. V. pag. 287—290.)

25) In der Ueberschrift des Tit. 15. Lib. IV. der Decretalen werden frigidi und maleficiati genennt, und unter den

non potest reddere debitum, non est aptus coniugio: sic quoque, qui *impotentes* sunt, minime apti ad contrahenda matrimonia reputantur. So rescribirt zwar der Pabst Alexander III. *cap.* 2. X. *de frigidis et maleficiatis;* dennoch aber duldet das canonische Recht die Ehe mit einem Unvermögenden, wenn entweder beyden Theilen die Unfähigkeit zur Zeit der Eingehung der Ehe bekannt war, oder der vermögende Theil sich seines Rechts, auf Nichtigkeit der Ehe zu klagen, nachher begab. Quodsi ambo consentiant simul esse, sagt Pabst Cölestin III.[26]), vir eam, etsi non ut uxorem, saltem habeat ut sororem. Der Castraten gedenkt das canonische Recht nicht ausdrücklich, und hat sie also, wie auch Böhmer[27]) bemerkt, unter dem Ausdruck impotentes mit begriffen. Allein durch eine neuere Verordnung des Pabsts Sixtus V. vom Jahre 1587. sind die Ehen mit Castraten und solchen Spadonen, qui utroque teste carent, schlechterdings verboten und für nichtig erklärt worden. Sie sollen auch nicht geduldet, sondern von dem geistlichen Richter wieder aufgehoben werden, wenn auch die Ehegatten beysammenbleiben wollten[28]). Da auch das römische Recht die Ehe mit Castraten für

letzteren diejenigen verstanden, welche durch Zauberey böser Menschen unvermögend gemacht worden sind. S. Brouwer Lib. II. cap. 4. nr. 15.

26) *Cap.* 5. X. *de frigid.*

27) Iur. eccles. Protest. T. IV. Lib. IV. Tit. 15. §. 9.

28) Boehmer c. l. §. 10. Berardus Commentar in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. IV. Cap. 2. p. 86. Riegger Institut. iurisprud. eccles. P. IV. §. 103. Pehem Praelection. in ius eccles. univ. P. II. §. 473.

nichtig erklärt[29]); so wird sie auch bey den Protestanten nicht gestattet; kann aber doch durch Dispensation erlaubt werden[30]). Ausserdem gilt bey den Protestanten das canonische Recht. Die Ehen mit solchen Personen, welche von Natur unvermögend sind, werden daher geduldet, wenn die Ehegatten beysammen bleiben wollen, und es werden auch solchen Ehen die bürgerlichen Wirkungen nicht versagt, sofern sie nicht von der Vollziehung der Ehe durch Beyschlaf nothwendig abhangen[31]). Man pflegt sie aber doch nur uneigentliche Ehen, oder Josephs-Ehen zu nennen[32]). Ein Gleiches gilt von der Castraten-Ehe, wenn Dispensation erfolgt ist[33]). Ehemals gehörten hierher auch

III. Greise. Denn das ältere Recht setzte sie mit den Spadonen in eine Classe. Schon die Lex Iulia et Papia Poppaea verbot die Ehen der sechzigjährigen Mannspersonen und funfzigjährigen Frauenspersonen, so gut, wie die der Spadonen[34]). Das SCtum Persicianum unter Tiberius unterwarf jene auch den Strafen

29) *L. 39. D. de iure dot.*

30) Boehmer c. l. §. 11. et 12. Schott's Eherecht. §. 84. Not. ***. S. 162.

21) Boehmer Princip. iuris canon. §. 346. Schott Eherecht. §. 84. Wiese Handbuch des heut. Kirchenrechts. 2ter Th. §. 272. S. 616.

32) Schott a. a. O.

33) Brückner Decisiones matrimonial. cap. XI.

34) Lactantius Divinar. Institut. Lib. I. cap. 16. Martialis *Lib. V. Epigr. 42. L. 128. D. de V. S.*, welche aus Ulpiani *lib. I. ad Leg. Iuliam et Papiam* genommen ist. S. *Franc.* Ramos del Manzano Comment.

des Cölibats, eben so, als wenn sie unverheyrathet geblieben wären [35]). Allein alles dieses änderte Kaiser Justinian, und erlaubte die Ehen der Alten ohne allen Nachtheil für sie [36]).

§. 1209.

Ehehinderniß der Blutsfreundschaft, a) Begriff und Arten derselben.

Es darf aber demjenigen, welcher eine Ehe eingehen will, wenn er auch weder wegen ermangelnder Zeugungskraft, noch wegen des Unvermögens, seine Einwilligung zu geben, unfähig ist, doch auch sonst kein gesetzliches Verbot entgegenstehen. Ein solches gesetzliches Verbot, weßhalb entweder eine gewisse Ehe nicht geschlossen werden, oder auch eine schon geschlossene Ehe, als solche, nicht fortbestehen kann, nennt man ein Ehehinderniß im eigentlichen

ad Leges Iul. et Papiam. Libr. IV. Reliquat. 25. *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. pag. 495. *Jo.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 28. und *Henr. Jo.* Arntzenius Miscellaneor. libr. Cap. 7.

35) Ulpianus *Fragm. Tit. XVI.* §. 3. Qui intra sexagesimum, vel quae intra quinquagesimum annum neutri Legi paruerit, licet ipsis legibus post hanc aetatem liberatus esset, perpetuis tamen poenis tenebitur ex *SCto Persiciano.*

36) *L. 27. C. de nupt.* Iustinianus A. *Joanni P. P.* Sancimus, nuptias, quae inter masculos et foeminas maiores, vel minores sexagenariis, vel quinquagenariis, *lege Iulia vel Papia* prohibitae sunt, homines volentes contrahere, et ex nullo modo, vel ex nulla parte tales nuptias impediri. S. *Franc.* Balduini Iustinian. Lib. III. pag. 316. sqq.

Sinne [37]. Man theilt darnach die Ehehindernisse in blos verbietende, und in trennende ein, je nachdem die Uebertretung des gesetzlichen Verbots entweder nur Strafe, oder die Nichtigkeit der Ehe selbst zur Folge hat. Man unterscheidet ferner öffentliche und Privatehehindernisse, je nachdem entweder das gesetzliche Verbot auf Gründen der öffentlichen Wohlfahrt und Ordnung beruhet, oder blos das Interesse einzelner Privatpersonen betrifft, wie z. B. Mangel der Einwilligung, eheliches Unvermögen. Jene berechtigen den Richter zu einer Untersuchung und Aufhebung der Ehe von Amtswegen, und selbst jeder Dritte ist zum Einspruch berechtiget [38]; diese aber geben nur der dabey benachtheiligten oder gekränkten Person ein Recht zu klagen, und bewirken nur dann Vernichtung der Ehe, wenn diese sich ihres Rechts bedient [39]. Ein Ehehinderniß, als solches, muß aber schon vor wirklich geschlossener Ehe vorhanden seyn [40]. Tritt ein Ehehinderniß erst während der Ehe ein, so werden dadurch die Wirkungen einer gültig geschlossenen Ehe nicht aufgehoben [41]; sondern es kann nur, wenn das Hinderniß durch die Schuld eines der Ehegatten entstanden seyn sollte, Bestrafung, oder auch, nach Befinden der Umstände, Ehescheidung veran-

37) S. Bihler's Darstellung der Ehehindernisse im Staate, aus dem Begriff der Ehe entwickelt. Kempten 1815. 8. und *van* Espen Ius eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. 13.

38) *Cap.* 3. *X. de divort. Cap. ult. X. Qui matrim. accusare poss.* Boehmer Princip. iur. canon. §. 586.

39) *Cap.* 21. *X. de sponsalib.* Schott Eherecht §. 76.

40) S. *van* Espen cit. loc. Cap. 2.

41) *Can.* 25. *C. XXXII. Qu.* 7. Boehmer Princip. iur. can. §. 380.

lassen [42]. Das Hinderniß muß auch, wenn es die Ehe rückwärts vernichten soll, beyden Ehegatten vor der Ehe bekannt gewesen seyn. Denn befanden sich die Ehegatten entweder beyde, oder wenigstens einer derselben in einer schuldlosen Unwissenheit, so werden der Ehe bis auf die Zeit ihrer Trennung alle rechtliche Wirkungen beygelegt. Man nennt eine solche Ehe eine vermeintliche, matrimonium putativum, von welcher schon an einem andern Orte gehandelt worden ist [43].

Von besonderer Wichtigkeit sind nun die Hindernisse der Blutsfreundschaft und Schwägerschaft, daher ist von diesen zuerst, dann von den übrigen Ehehindernissen zu handeln.

Denken wir uns eine Verbindung unter mehreren Personen, die durch Beyschlaf entstanden ist, man kann sie *necessitudo*, auch cognatio im uneigentlichen Sinn nennen [44], so wie denn auch nach dem Sprachgebrauche des gemeinen Lebens sowohl Verschwägerte als Blutsfreunde mit dem gemeinschaftlichen Namen der Verwandten bezeichnet zu werden pflegen, so wird dieser Beyschlaf entweder insofern betrachtet, als eine Generation daraus entstanden ist, oder nicht. Im ersten Falle nennt man das durch Erzeugung zwischen mehreren Personen entstandene Verhältniß, Blutsfreundschaft, oder Verwandtschaft im eigentlichen Sinne, *consanguinitas*,

42) Schott §. 78.

43) S. den 2ten Th. dieses Commentars §. 116. b.

44) S. *Ge. Sam.* Madihn Institut. iuris civ. Lib. I. Tit. 5. §. 43. und *Chr. Aug.* Günther Princip. iur. Rom. privati noviss. Tom. I. §. 108.

cognatio proprie sic dicta. In dem letzten Falle aber wird entweder die Verbindung betrachtet, welche aus dem Beyschlafe unter den Concumbenten selbst entsteht, oder das Verhältniß, welches durch den Beyschlaf zwischen dem einen Concumbenten und den Verwandten des andern Theils begründet wird. In jenem Falle wird diese Verbindung *unitas carnis*, in dem letztern aber Schwägerschaft, *adfinitas* in weitem Sinne genennt[45]. Beydes, Blutsfreundschaft und Schwägerschaft, ist in dem canonischen Rechte unter dem Ausdruck *parentela* begriffen, und beydes bezeichnet auch der deutsche Ausdruck Sippe oder Sippschaft[46]. Folgende Stellen werden dieses bestärken.

Can. 14. *Caus. XXXV. Qu.* 2. *et* 3. Isidorus *ex Concilio Maciensi, de anno* 813. *in Gallia*[47]. Sane *consanguinitas*, quae in proprio viro observanda est, haec nimirum in uxoris *parentela* de lege nuptiarum custodienda est. Quia enim con-

45) S. Carl Aug. Moriz Schlegel's Darstellung der verbotenen Grade der Verwandtschaft und Schwägerschaft bey Heyrathen. Hannover 1802. 8.

46) S. *Jo. Christ.* Majer Diss. de consanguinitatis ratione ac indole ad eruendas notiones vocum iuris germanici Sippe, Sippzahl, Sippzahlrecht. *Tübingae* 1802. 8.

47) Diese Inscription ist ganz unrichtig. Es ist dieser Canon entweder aus dem Concilium zu Chalons vom Jahre 813, oder aus dem ersten Concilium zu Mainz vom Jahr 847, oder aus einem Concilium zu Worms vom Jahre 868. entlehnt; denn in allen dreyen findet er sich. S. Berardi canones Gratiani genuini ab apocryphis discreti. P. III. Cap. 27. pag. 412.

stat, eos duos esse in carne una, communis illis utraque parentela censenda est, sicut scriptum est: *erunt duo in carne una.*

Can. 3. *C.* XXXV. *Qu.* 5. GREGORIUS *Papa*[48]. Porro de affinitate, quam dicitis *parentelam* esse, quae ad virum ex parte uxoris, seu quae ex parte viri ad uxorem pertinet, manifestissima ratio est: quia, si secundum divinam sententiam ego et uxor mea sumus una caro, profecto mihi et illi mea suaque *parentela* propinquitas una efficitur.

Schwäbisches Landrecht Kap. 378.[49]. Unde swaz ein Mann bi derselben Vrowen Kinde hat, die im *vleischlichen* oder *swegerlichen Gesippe* sint, diu Kint habent dazselbe Recht, als diu Hurkint, weder minder noch mere.

Diesen Stellen gemäß, hat daher Wachter[50] das Wort Sippe, so wie das Wort Sippschaft ganz richtig durch cognatio, affinitas erklärt, und er ist deshalb mit Unrecht von Eisenhart[51] getadelt worden. Es

48) Böhmer in seiner Ausgabe eignet diesen Canon dem P. Bonifacius zu. Allein daß er jünger als beyde sey, zeigt BERARDI in Gratiano. P. II. Tom. II. Cap. 59. pag. 145. sq.

49) In SENCKENBERG Corp. iur. germ. publici et privati cura *Koenig a Koenigsthal.* Tom. II. pag. 458.

50) Glossar. germ. voc. *Sippe.* pag. 1526.

51) Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern. S. 166. (Leipzig 1792.), wo es heißt: Sippe oder Sippschaft heißt soviel als Anverwandtschaft, und obwohl Wachter dafürhält, daß auch die Schwägerschaft darunter gehöre, so ist dieses doch ungegründet,

scheint vielmehr diese deutsche Benennung ganz dem römischen Ausdruck *necessitudo* zu entsprechen, welcher auch sowohl Blutsfreundschaft als Schwägerschaft unter sich begreift [52]); so wie auch *necessarii*, nach der Erklärung des Gellius [53]) diejenigen genennt werden, qui ob ius affinitatis familiaritatisve coniuncti sunt.

Verwandtschaft im eigentlichen Sinn oder Blutsfreundschaft, cognatio, consanguinitas [54]), ist also das durch Erzeugung zwischen gewissen Personen entstandene Verhältniß, von denen entweder die eine von der andern, oder beyde von einer gemeinschaftlichen dritten Person abstammen. Diese Verwandtschaft gründet sich also auf Einheit oder Gemeinschaft des Bluts, und das Princip oder die Quelle derselben ist fleischliche Vermischung der Eltern. Dieß ist die Ansicht des römischen und canonischen Rechts. *Consanguineos* autem, sagt Ulpian *libro XII. ad Sabi-*

und Andere haben schon genugsam dargethan, daß die Sippschaft von der Schwägerschaft unterschieden worden. Man sehe Maier Diss. cit. §. XI. Not. 14. p. 31.

52) *L.* 12. *D. de iust. et iure.* Marcianus *lib. I. Institutionum.* Nonnunquam ius etiam pro *necessitudine* dicimus: veluti, est mihi ius *cognationis*, vel *adfinitatis.* S. Brouwer de iure connubior. Lib. II. cap. 6. nr. 3.

53) *Noct. Atticar.* Lib. XIII. cap. 3.

54) Der Ausdruck *consanguinitas* ist zwar vorzüglich dem canonischen Recht eigen, wie der Tit. de consanguinitate et affinitate (Lib. IV. Decretal. Gregor. IX. Tit. 14.) beweist. Er ist aber auch dem röm. Recht nicht fremd. *L. un. C. de impon. lucrativa descript.* S. Cujacius Observation. Lib. XV. cap. 36.

num[55]), Cassius definit eos, qui sanguine inter se connexi sunt. Ulpian selbst aber giebt *Lib. XLVI. ad Edictum*[56]) folgenden Begriff: *Cognati* autem appellati sunt, quasi ex uno nati, aut, ut Labeo ait, quasi commune nascendi initium habuerint. Zwar scheinen diese Begriffe sich hauptsächlich auf Seitenverwandten zu beziehen, wie Cujaz[57]) bemerkt; daher auch der griechische Scholiast[58]) die Worte *ex uno* durch *ἐξ ἑνός προσώπου* erklärt; allein man könnte auch die Worte *ex uno* mit Scipio Gentilis[59]) ex uno genere erklären, überhaupt aber dienen doch immer diese Stellen als gültige Beweise für die Richtigkeit der angegebenen Ansicht, mag auch die von Ulpian angeführte Definition des Cassius von consanguinei, wie Cujaz will, mehr eine definitio nominis, als eine definitio rei seyn. Noch einen Beweis giebt Modestin, Ulpians Schüler, *libro XII. Pandectarum*[60]), wo er sagt: *Cognati* ab eo dici putantur, quod quasi una communiterve nati, vel ab eodem orti progenitive sint; und obwohl auch hier Modestin nach dem Beyspiel seines Lehrers den Begriff nach der Etymologie des Worts gebildet zu haben scheint, so war doch eigentlich seine Ab-

55) *L.* 1. §. 10. *D. de suis et legitim. hered.*

56) *L.* 1. §. 1. *D. Unde cognati.*

57) Observation. Lib. XI. cap. 26.

56) *Basilica* Tom. VI. pag. 74.

59) Originum ad Pandectas lib. sing. vocc. *Cagnati*, *consanguinei*, adj. *Eiusdem* Parerg. ad Pand. *Altdorfii* 1664. 8. pag. 228. sq. et in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. IV. pag. 1364.

60) *L.* 4. §. 1. *D. de gradib. et adfin.*

sicht, einen auf alle Verwandten passenden Begriff zu geben, wie aus der gleich nachfolgenden Eintheilung der Cognation erhellet. Die aus dem canonischen Rechte hierher gehörigen Stellen sind die nämlichen, welche bereits oben angeführt worden sind, denen nur noch *can.* 15. *C. XXXV. Qu.* 2. *et* 3. beyzufügen ist, wo Augustin sagt: Si vir et uxor non iam duo, sed una caro sunt, non aliter est nurus deputanda, quam filia.

Modestin giebt nun drey Arten der Cognation an. Sie ist entweder eine blos natürliche, oder eine blos bürgerliche, oder beydes zugleich, nachdem sie entweder blos nach dem natürlichen Rechte durch eine aus unehelicher Vermischung entstandene Generation, oder blos nach dem Civilrechte durch Adoption, oder nach beyden Rechten durch das Band einer rechtmäßigen Ehe begründet wird. Cognationis substantia bifariam apud Romanos intelligitur; so lehrt dieser röm. Jurist a. a. O. §. 2. Nam quaedam cognationes iure civili, quaedam naturali connectentur: nonnumquam utroque iure concurrente, et naturali et civili copulatur cognatio. Et quidem *naturalis cognatio* per se sine civili cognatione intelligitur, quae per foeminam descendit, quae vulgo liberos peperit. *Civilis* autem per se, quae etiam *legitima* dicitur, sine iure naturali *cognatio* constitit per adoptionem. *Utroque iure* consistit cognatio, cum iustis nuptiis contractis copulatur. Sed *naturalis* quidem *cognatio* hoc ipso nomine appellatur: *civilis* autem *cognatio*, licet ipsa quoque per se plenissime hoc nomine vocetur, proprie tamen *adgnatio* vocatur, videlicet, quae per mares contingit.

Modestin deutet hier noch eine andere Eintheilung der Cognation an, nach welcher sie in die *cognatio* im eigentlichsten Sinn des römischen Rechts und die *adgnatio* eingetheilt wird, je nachdem sie entweder durch Frauenspersonen oder durch Mannspersonen entstanden ist; von dieser Eintheilung ist aber schon an einem andern Orte [61]) vollständiger gehandelt worden. Da Paulus auch einer cognatio legitima gedenkt, welche durch die Adoption entsteht, und also auf keiner wirklichen Zeugung beruht, sondern blos durch die Gesetze der Natur nachgebildet worden ist; so ergiebt sich daraus noch eine andere Eintheilung der Verwandtschaft. Sie wird nämlich in die wahre, cognatio *vera* s. *naturalis*, und in die rechtlich fingirte oder nachgebildete Verwandtschaft, cognatio *ficta*, eingetheilt, je nachdem sie auf einer wirklichen oder auf einer rechtlich fingirten Zeugung beruht. Letztere ist wieder von zweyerley Art. Sie ist entweder eine bürgerliche, cognatio *civilis* s. *legitima*, oder, wie sie in dem canonischen Rechte [62]) genennt wird, cognatio *legalis*, oder eine geistliche, cognatio *spiritualis*, je nachdem sie entweder durch die Adoption, oder, nach dem Beyspiel derselben, durch die Taufe entsteht [63]). Von der ficta cognatio ein Mehreres §. 1215. Da Paulus endlich auch einer cognatio naturalis gedenkt, welche aus einer ausser-

61) S. die Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 15. der neuen Ausgabe Erlangen 1822.

62) S. Tit: Decretal. Gregor. IX. de cognatione legali. IV. 12.

63) *L.* 26. *C. h. t. Can.* 1. *C. XXX. Qu.* 3. S. Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. IV. pag. 104. sqq. S. auch meine Erört. der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 14. S. 14.

ehelichen Erzeugung entspringt, so kann die wahre Verwandtschaft, oder, wie man sie auch im Gegensatze der nachgebildeten oder fingirten nennt, die natürliche, in die rechtmäßige, cognatio *legitima*, und die unrechtmäßige, cognatio *illegitima*, oder cognatio *naturalis* im eigentlichen Sinne des römischen Rechts um so mehr eingetheilt werden, da diese Eintheilung in Rücksicht der Erbfolge ihr practisches Interesse hat[64]).

Ausserdem ist noch eine Eintheilung der Verwandtschaft übrig, welche sich auf die Berechnung der Nähe derselben bezieht. In dieser Beziehung wird sie nämlich in dem römischen Rechte[65]) auch noch in die cognatio *superior*, welche man im Deutschen die Obersippschaft zu nennen pflegt, cognatio *inferior*, die Untersippschaft, und cognatio *ex transverso*, quae etiam *a latere* dicitur, die Seitenverwandtschaft, eingetheilt. Zur ersten gehören die Ascendenten, zur andern die Descendenten, zur dritten die Collateralen.

Um nämlich die Nähe der Verwandtschaft zu berechnen, stellt das römische Recht die eben angeführten Arten derselben nebst den darin vorkommenden einzelnen Zeugungen in einem äussern Bilde dar, welches in Linien und Stufen oder Graden besteht. Dieses Bild wird in dem römischen Rechte *στέμμα* cognationis genennt. Paulus sagt *libro VI. Sententiar. receptar.*[66]) *Στέμματα* cognationum directo limite in duas lineas separantur, quarum altera superior, altera inferior: ex supe-

64) Intestaterbfolge. §. 12. S. 41.

65) *Pr. I. de gradib. cognation.*

66) *L. 9. D. de gradib. et adfinib.*

riore autem et secundo gradu transversae lineae pendent. Justinian hatte ein solches Schema auch dem Titel der Institutionen, in welchem er von den Graden der Verwandtschaft handelt (Lib. III. Tit. 6.), zur Deutlichkeit beyfügen lassen [67]), es ist aber verloren gegangen. Man hat es jedoch theils aus dem gedachten Titel der Institutionen, theils aus der Beschreibung, welche Paulus *L.* 10. §. 11. *sqq. D. de gradibus et adfin.* von den einzelnen Graden der Verwandtschaft macht, bey welcher ein solches Schema zum Grunde liegt, wiederherzustellen gesucht. Ein solches Schema findet sich zuerst in der Ausgabe der Institutionen des Anton Contius, Paris 1560. Aber ein noch viel genaueres und der Gradebezeichnung von Justinian und Paulus näher kommendes Schema hat nach ihm aus einem codice mpto Dionysiano Ludewig Charondas in seiner Ausgabe der Institutionen Antwerpen 1575. f. S. 35. bekannt gemacht, welcher jedoch auch das von Contius edirte mit aufgenommen hat. Nachher entdeckte auch Cujaz eine solche Abbildung der Verwandtschaftsgrade in einer alten Handschrift des theodosianischen Codex, welche man in seinen Observationen [68]) findet, woher sie auch Heineccius [69]) entlehnt hat. Ein anderes Schema in der grie-

67) §. *ult. I. de grad. cognator.* sagt Justinian: Sed cum magis veritas oculata fide, quam per aures animis hominum infigatur, ideo necessarium duximus post narrationem graduum, eos etiam praesenti libro inscribi, quatenus possint et auribus et oculorum inspectione adolescentes perfectissimam graduum doctrinam adipisci.

68) Lib. VI. cap. 40.

69) Antiquitat. Rom. iurisprud. illustrant. Synt. Lib. III. Tit. 6. §. 4.

chischen Sprache machte zuerst Viglius Zuichemus, aus einem alten Codex griechischer Canonen bekannt, welches ihm Bonifaz Amerbach mitgetheilt hatte, wie er in der Vorrede seiner Ausgabe von des Theophilus griechischer Paraphrase der Institutionen meldet. Dasselbe findet sich auch in der Reitzischen Ausgabe des Theophilus 70). Zur Erläuterung mag noch Folgendes dienen.

Grade sind die einzelnen Zeugungen in jeder Linie. Gradus autem dicti sunt, sagt Paulus, der ein besonderes Buch de gradibus et adfinibus, et nominibus eorum geschrieben hat, woraus das weitläuftige Fragment der *L. 10. D. de gradib. et adfinib.* entlehnt ist, §. 10. a similitudine scalarum, locorumve proclivium, quos ita ingredimur, ut a proximo in proximum, id est, in eum, qui quasi ex eo nascitur, transeamus. Nach dem römischen Recht macht also jede einzelne Zeugung, oder jede erzeugte Person einen Grad aus[70]; und eine auf einander folgende Reihe von Verwandten wird eine Linie, linea, s. ordo[71]), genennt. Besteht diese blos aus solchen Personen, die von einander abstammen, und also in dem Verhältniß von Ascendenten und Descendenten zu einander stehen, so heißt sie die gerade Linie, *linea recta, directus limes*[72]). Diese zerfällt wieder in die aufsteigende, *linea* s. *ordo superior*, oder *ascendens*, welche aus den Personen besteht, von welchen ein bestimmtes Individuum abstammt, nämlich dem Vater, Großvater u. s. w. und in die abstei-

70) §. 7. *I. de gradib. cognation.* Quippe semper *generata quaeque persona* gradum adiicit.

71) *L. 1. pr. D. de gradib.*

72) *L. 9. D. eodem.*

gende, *linea* s. *ordo inferior*, oder *descendens*, welche die Personen umfaßt, die von einem bestimmten Individuum abstammen, als Sohn, Tochter, Enkel, Enckelin, Urenkel, Urenkelin u. s. w. Besteht hingegen die Linie aus solchen Personen, welche von einem gemeinschaftlichen Stamm, von einem gemeinschaftlichen Stammvater, oder Stammmutter entsprossen sind; so entsteht der Begriff von Seitenlinie, linea *transversa*[73]), s. *collateralis*. Zu dieser gehören Geschwister, Geschwister Kinder. Vaters Bruder, Vaters Schwester, Mutters Bruder, Mutters Schwester. Darnach werden nun auch die Grade oder Zeugungen eingetheilt. *Gradus cognationis*, sagt Gajus *libro VIII. ad Edictum provinciale*[74]) alii *superioris ordinis* sunt, alii *inferioris*, alii *ex transverso* sive *a latere*. Superioris ordinis sunt parentes: inferioris, liberi: ex transverso sive a latere, fratres et sorores liberique eorum. Die Ascendenten bis zum tritavus haben bey den Römern ihre eigene Benennung, die entferntern werden *maiores* überhaupt genennt. Eben so haben die Descendenten bis zum trinepos ihren eigenen Namen, die entferntern werden *posteriores* genennt[75]). Die Seitenverwandten werden in dem römischen Recht *ex lateribus cognati*[76]), oder cognati *ex latere venientes*[77]), im neuern Latein aber *collaterales* genennt.

73) *L.* 9. *cit.*

74) *L.* 1. *pr. D. de gradib.* Paulus sagt *L.* 10. §. 9. *D. eodem.* die linea recta bestehe ex inferioribus aut superioribus gradibus.

75) *L.* 10. §. 7. *D. eodem.* S. die Intestaterbfolge §. 17.

76) *L.* 10. §. 8. *D. eodem.*

77) *L.* 9. §. 1. *C. de natural. liberis.*

Die Seitenlinie wird nach dem canonischen Recht wieder in die gleiche und ungleiche eingetheilt [78]). Die Seitenverwandschaft besteht nämlich aus mehreren Linien, welche sich in einer gemeinschaftlichen dritten Person vereinigen, die der gemeinschaftliche Stamm, *stipes communis*, nach einem nicht römischen, sondern canonischen Kunstworte genennt wird. Sind nun diese Seitenlinien gleich lang, so daß die Zahl der Personen oder der Generationen in den Linien gleich ist, mithin die beyden Seitenverwandten, von deren Verwandtschaft die Rede ist durch gleich viele Zeugungen von dem gemeinschaftlichen Stamm entfernt sind, so wird die Seitenlinie eine gleiche, linea collateralis s. transversa *aequalis* genennt. Z. B. Geschwister, Geschwister Kinder. Sind aber die beyden Reihen von Seitenverwandten nicht gleich lang, so daß die Seitenverwandten, von deren Verwandtschaft die Rede ist, nicht in gleicher Entfernung von dem gemeinschaftlichen Stamm abstehen, so wird die Seitenlinie eine ungleiche genennt, linea collateralis *inaequalis*. Z. B. Nichte und Onkel, Tante und Neffe. Wenn nun in dieser ungleichen Seitenlinie die eine Person unmittelbar unter dem gemeinschaftlichen Stamme steht, die andere aber durch mehrere Zeugungen von demselben entfernt ist, so entsteht daraus ein Verwandtschaftsverhältniß, was man wegen seiner Aehnlichkeit mit dem Verhältniß der Eltern zu den Kindern mit einem dem römischen Rechte unbekannten Ausdruck *respectus parentelae* zu bezeichnen pflegt. Das römische Recht sagt von solchen Personen, welche in diesem Verhältniß stehen, parentum et liberorum loco sunt [79]).

78) *Cap.* 3. *et* 9. *X. de consang. et affinit.*

79) §. 5. *I. de nupt:* *L.* 39. *pr. D. de ritu nupt.*

Das canonische Recht bedient sich bey der Berechnung der Verwandschaftsgrade des Bildes eines Baums mit Zweigen. Johann Andreä, ein Rechtslehrer zu Bologna soll der erste gewesen seyn, der die Grade in diesem Bilde darstellte [80]). Daher sind die Ausdrücke Stamm, Stammvater, Stammmutter, Zweige u. s. w. entstanden. Allein nach dem *can.* 1. *Caus.* XXXV. *Qu.* 5. in Gratians Decrete, hatte der Bischof Isidor von Sevilla schon früher diese Idee aufgefaßt. Nun ist zwar nicht außer Zweifel, ob diese Stelle wirklich aus Isidor sey, weil sie sich nur in einigen Exemplaren seiner libri Etymologiarum findet, aus deren libro X. cap. 5. sie entlehnt seyn soll, wie Berardi [81]) bemerkt hat. Es hat aber doch auch der Bischof Ivo in seinem Decrete P. IX. cap. 46. den angeführten Canon dem Isidor zugeeignet. Die Worte des angeführten Textes lauten übrigens folgendermassen: Series consanguinitatis sex gradibus hoc modo dirimitur: filius et filia, quod est frater et soror, sit ipse *truncus*: illis seorsum seiunctis, *ex radice illius trunci* egrediuntur isti *ramusculi*, nepos, neptis *primus*: pronepos, proneptis *secundus*: abnepos, abneptis *tertius*: atnepos, atneptis *quartus*: trinepos, trineptis *quintus*: trinepotis filius, et trinepotis filia *sextus* [82]). Vergleicht man damit noch die Verordnung

80) *Car. Ferd.* Hommel iurisprud. numismatib. illustrat. pag. 99. und desselben Oblectam. iuris feodal. Obs. VII. not. *) pag. 29.

81) Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti etc. P. IV. Cap 27. pag. 412. sqq.

82) In dem *Decretum Ivonis*, ecclesiae Carnotensis Episcopi, P. IX. cap. 46. pag. 312. (cura et studio *Joan.*

des Pabsts Alexanders II. vom Jahre 1065. in *can.* 2. *eiusd. Caus. XXXV. Qu.* 6. wo er sich §. 7. ebenfalls auf die pictura arboris bezieht; so erhellet wenigstens aus den angeführten Texten so viel immer, daß die Idee mit dem Verwandschaftsbaume älter sey, als Johann Andreä, welcher erst im vierzehenten Jahrhundert lebte. Den arbor consanguinitatis findet man in Gemäßheit der angeführten Texte in dem Böhmerschen *Corpus iuris canon.* Tom. I. pag. 1100. abgebildet. Es findet sich dabey auch eine declaratio arboris consanguinitalis, welche aus der Glosse des Johann Andreä beygefügt worden ist. In dieser bemerkt erstens Andreä, daß die Abbildung eines Baumes mit Zweigen eine ächt canonische Erfindung sey, weshalb sich auf die angeführten Texte aus Isidor und Alexander II. bezogen wird. Es wird aber weiter bemerkt, daß dieser Verwandtschaftsbaum von mehreren verschieden erklärt, von einem gewissen Spanier, Johann De Deo aber durch eine Menge von Regeln ganz verunstaltet und verdunkelt worden sey. Eben darum, weil doch diese Erfindung gerade zu dem Zweck dienen solle, ut habentibus materiam consanguinitatis et affinitatis ignotam, nota, et habentibus notam, ex oculorum inspectione notissima fieret; habe er sich bemüht, aus den Schriften der Alten den Baum richtiger zu bilden und zu erläutern.

Molinaei *Lovanii* 1561. f.) sind noch folgende Worte befindlich: Ideo autem *usque ad sextum generis gradum* consanguinitas constituta est, ut sicut in sex aetatibus mundi generatio, et hominis status finitur, ita propinquitas generis tot gradibus terminetur, welche Worte bey Gratian den *can. un. C. XXXV. Qu.* 4. ausmachen.

Selbst Johann Andreä hat sich also nicht für den Erfinder jener bildlichen Darstellung eines Verwandtschaftsbaums gehalten [83]).

Ist die Ableitung des deutschen Worts Sippschaft von dem Worte *cip* oder *cippus*, richtig, welches nach der Erklärung des Julius Cäsar [84]) bey den Galliern soviel als truncus arboris, unde rami progerminant, bedeutete [85]); so scheint es, als hätten auch die Deutschen die nämliche Vorstellung gehabt. Allein das alte Sachsenrecht [86]), mit welchem auch das schwäbische Landrecht [87]) übereinstimmt, bildet die Verwandtschaft am menschlichen Körper nach den Gliedern desselben ab. In dem Haupte ist dem Manne uud der Frau ihr Platz angewiesen. Von diesen, als einem rechtmäßigen Ehepaare, geht die Verwandtschaft aus, denn es sind beyde ein Leib. Die von ihnen erzeugten Kinder, liebliche Brüder und Schwestern, werden durch den Theil des Körpers bezeichnet, welcher dem Haupte am nächsten ist, sie stehen also an des Halses Gliede. Sie müssen nur von einem Vater und einer Mutter gebohren seyn. Ungezweyter Brüder

83) Man vergleiche noch *Ge.* Schultz arboris consanguinitatis et adfinitatis brevis expositio. *Argentor.* 1713. 8.

84) *De bello gallico* Lib. VII. cap. 73.

85) S. Glossarium in Specul. Alemannic. per *Hieron. von der* Lahr collect. Tom. II. *corporis iur. germ. Senckenberg.* adj. voc. *Sippzahl* pag. 85. und *Car. Ferd.* Hommel Oblectam. iuris feod. Obs. 12.

86) Sachsenspiegel Buch 1. Art. 3.

87) Schwäbisches Landrecht. Kap. 256. in Corp. iur. germ. Senckenberg. Tom. II. pag. 301 — 303.

und Schwester Kinder, (eigentlich Enkel und Enkelinen) stehen an dem Gliede, da Schultern und Arme zusammenkommen. Nach dem Sachsenspiegel machen sie zusammen die erste Sippschaft von Verwandten aus, welche Magen [88]) genennt werden. Das schwäbische Landrecht erklärt aber diese Zahl für einen Irrthum, und hält Geschwister für die erste und Geschwister Kinder für die andere Sippzahl. Nach dem Sachsenspiegel machen ferner die Urenkel (Geschwister Kindes Kinder) die andere, nach dem schwäb. Landrechte aber die dritte Sippzahl aus, und bilden das Glied des Ellbogens. In dem Gliede, so die Hand mit dem Arm verbindet, stehen die abnepotes und abneptes, und machen nach dem Sachsenspiegel die dritte Sippzahl aus. In dem ersten Gelenke des mittelsten Fingers, oder dem Gliede, wo der Mittelfinger in die Hand stoßt, besteht die vierte Sippzahl, zu welcher die atnepotes und atneptes gehören. In dem andern Gliede des Mittelfingers, trinepotes, trineptes, die fünfte, in dem dritten, quadrinepotes, quadrineptes. die sechste Sippzahl. Mit dem Nagel, als der letzten Sippzahl, endigt sich die Sippe. Welche diesen berühren, werden Nagelmagen oder Nagelfreunde genennt [89]). Diese deutsche Darstellung der Verwandtschaft

88) Ueber die Etymologie des Worts Magen vergleiche man *Ge. Christ.* Gebauer praefat. zu Hannesen lucubration. selectior. th. pract. circa doctrinam de computatione graduum. *Gött.* 1736. 4.

89) Man vergleiche die Bemerkungen in dem Senkenbergischen Corp. iuris germ. Tom. II. pag. 301. sqq. Hommel Oblectamenta Obs. 15. und Majer cit. Diss. de consanguinitat. ratione ac indole. §. X.

liegt auch im Longobardischen Lehnrechte zum Grunde [90]). Eine Abbildung findet sich bey Hommel [91]).

§. 1210.

Berechnung der Verwandtschaftsgrade.

Grade berechnen heißt nun nichts anders, als die nähere oder entferntere Verwandtschaft zwischen gewissen Personen bestimmt angeben, oder welches eben soviel heißt, die Quantität der Abstammung zwischen mehreren verwandten Personen bestimmen [92]). Zu dieser Berechnung giebt das römische Recht die ganz einfache, sowohl für die gerade, als die Seitenlinie geltende Regel: Quot sunt generationes, tot sunt gradus inter personas, de quarum cognatione quaeritur. So viel Zeugungen, so viel Grade. Paulus in seinem libro singulari de gradibus, woraus die *L.* 10. §. 9. *D. dc*

90) S. *I. F.* 1. §. 4. Hoc quoque sciendum est, quod beneficium ad venientes ex latere ultra fratres patrueles progreditur successione, — licet moderno tempore *usque ad septimum geniculum* sit usurpatum. S. *Car. Ferd.* Hommel Oblectam. iuris feodal. Obs. 13. pag. 86.

91) In iurisprud. numismatib. illustrata. pag. 100. und in desselben Oblectament. iuris feodal. das Titelkupfer.

92) S. außer der Not. 88. angeführten Schrift von Hannesen, Joh. Fried. Christph. Weißer's Anleitung zur Berechnung der Verwandtschaftsgrade. Stuttgart 1781. Phil. Ulr. Moser von der Berechnung der Ehegrade. Stuttgart 1786. und Carl Aug. Moritz Schlegel's krit. u. syst. Darstellung der Grade der Verwandtschaft und Schwägerschaft bey Heyrathen. Hannover 1802.

grad. et adfin. genommen ist, erklärt sich darüber am ausführlichsten. Nam quoties quaeritur, sagt er, *quanto gradu quaeque persona sit*, ab eo incipiendum est, cuius de cognatione quaeritur: et si ex inferioribus aut superioribus gradibus est, recta linea sursum versum, vel deorsum tendentium, facile invenimus gradus, *si per singulos gradus proximum quemque numeramus.* Nam qui ei, qui mihi proximo gradu est, proximus est, secundo gradu est mihi: *similiter enim accedentibus singulis, crescit numerus.* Idem faciendum in transversis gradibus: sic frater secundo gradu est, quoniam patris vel matris persona, per quos coniungitur, prior numeretur. Nach dieser Regel des röm. Rechts sind daher Vater und Tochter im ersten, Großvater und Enkelin in zweyten Grade der geraden Linie, Geschwister im zweyten Grade der Seitenlinie, Neffe und Tante im dritten, und Geschwister Kinder im vierten Grade der Seitenlinie mit einander verwandt. Merkwürdig ist also nach dieser Computation der Unterschied zwischen der geraden und der Seitenlinie, daß die erste, und zwar sowohl die aufsteigende als absteigende Linie immer vom ersten Grade, die Seitenverwandtschaft aber vom zweyten Grade anfängt [93]. Diese Berechnung der Grade ist nun zwar hauptsächlich wegen der Erbschaften und Vormundschaften eingeführt worden, wie Paulus im angeführten Buche [94] lehrt: daher wird ihrer auch nur bey der Erb-

93) *Princ. I. de gradib. cognator.* Et superior quidem et inferior cognatio *a primo gradu* incipit: et ea, quae ex transverso numeratur, *a secundo.*

94) *L. 10. pr. I. de gradib. et adfin.*

folge gedacht. Das römische Recht hat sie aber doch auch bey Ehen angewendet, und die Ehen bis zum vierten Grade der Blutsfreundschaft, jedoch mit Ausschluß desselben, in der Seitenlinie verboten [95]), obwohl dasselbe bey Schließung der Ehen vorzüglich auch darauf Rücksicht genommen hat, was das natürliche Gefühl der Schamhaftigkeit und Keuschheit erfordert [96]). Daher verbietet das römische Recht auch zuweilen Ehen unter Seitenverwandten des vierten Grades, wie z. B. die Ehe mit der Großtante [97]; ja es verbietet zuweilen, des bloßen Anstandes und der Ehrbarkeit wegen, sogar zwischen solchen Personen die Ehe, die gar nicht mit einander verwandt, noch verschwägert sind [98]). Diese römische Art die Grade der Verwandtschaft zu berechnen, hat sich bey den Griechen, selbst in Ehesachen, immer im Gebrauche erhalten, wie Böhmer [99]) aus mehreren Zeugnissen der Griechen bewiesen hat. Ich füge hier

95) *L.* 3. *D. h. t.*

96) *L.* 14. §. 2. *D. eodem.* Paulus *lib.* 35. *ad Edictum.* In contrahendis matrimoniis naturale ius, et pudor inspiciendus est. S. Brouwer de iure connubior. Lib. II. cap. 9. und *Io. Wolfg.* Trier Progr. de pudore naturali in contrahendis matrimoniis inspiciendo. *Francof. ad Viadr.* 1737.

97) *L.* 17. §. 2. *D. eodem.* Gajus *Lib. XI. ad Edictum provinc.* Amitam quoque, et materteram, item magnam quoque amitam, et materteram magnam prohibemur uxorem ducere: quamvis magna amita, et matertera *quarto gradu* sint. Add. §. 3. *I. h. t.*

98) *L.* 15. *D. h. t.*

99) Iur. eccles. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 14. §. 3. pag. 127. sqq. S. auch Hommel Oblect. iur. feod. Obs. 16. pag. 119.

nur noch das Zeugniß des Harmenopulus[100]) hinzu, welcher in demselben Titel, wo er von den verbotenen Ehen handelt, auch die Grade der Verwandtschaft ganz nach der Lehre des Röm. Rechts erklärt. Quisque autem cognationis ordo, sagt er, nach der Reitzischen Uebersetzung, varios habet ac diversos gradus. Sed in ascendentibus quidem ac descendentibus simplicior et facilis est graduum perceptio: harum enim personarum unaquaeque absolvit gradum: et uno verbo, *quot generationes, totidem sunt gradus.* (*όσαι γεννησεις, τοσουτοι και βαθμοι*). Perplexior autem neque perceptione tam facilis est collateralium graduum inventio. Nec enim nos statim oportet ad personam collateralem transcurrere, sed ante adsendere ad superiores, donec ad ipsum auctorem huius collateralis cognationis (*τῳ αιτιῳ εκεινῳ της γεννησεως του εκ πλαγιου*) perveniamus, eoque invento deinde relabi ad personam collateralem, qua de quaeritur; atque ita facientes collectas generationes enumerare, tam in adscensu quam in descensu: unamquamque enim generationem in singulari collocans gradu, collige numerum. (*ἑκαστην γαρ γεννησιν εν ιδιαζοντι τaττων βαθμῳ ποιου τον αριθμον*).

Et in *descendentibus* hoc quidem est facile: velut filius meus quoto mihi est gradu? Ego eum genui; ecce una generatio unum gradum fecit: itaque primo mihi est gradu. Nepos quoto? Ego filium genui, filius nepotem; ecce duae genera-

100) Manuale Legum. Lib. IV. Tit. 6. (in *Supplem. Thes. Meerman.* Tom. VIII. pag. 230. sq.)

tiones duos fecerunt gradus: itaque nepos secundo est gradu. Idem est deinceps in pronepote et abnepote. Et similiter in *ascendentibus*. Pater quoto est gradu? Pater genuit me: ecce una generatio unum absolvit gradum, adeoque primo mihi est gradu. Avus quoto? Me genuit pater, patrem avus; ecce duae generationes duos absolverunt gradus: avus igitur secundo est gradu. Idem est et in matre et avia, omnibusque adscendentibus, tam maribus quam feminis.

At in *collateralibus*, ut dictum est, oportet eum, qui generationes enumerat, adscendere ad auctorem cognationis, ac rursus descendere numerando generationes, donec ad eam personam, qua de quaeritur, perveniatur. Si quis enim te roget, frater tuus quoto est gradu? responde, *secundo*. Adscende ad patrem: ecce una generatio a patre ad te unum absolvit gradum. Tum quandoquidem auctorem generis invenisti, descende ad fratrem, addens hic alteram generationem: ecce duae generationes duos effecere gradus. Itaque recte fuit dictum, fratrem secundo esse gradu. Rursus, si quis te roget, patruus tuus quoto est gradu? *tertio* dices. Necesse enim est te adscendere ad patrem et dicere, me genuit pater, patrem avus, en duas generationes: idem avus meum patruum, ecce tres generationes tres fecerunt gradus: itaque tertio mihi gradu est patruus. Sic quoque in aliis deinceps personis, eidem inhaerens regulae, poteris gradus deprehendere.

Et rursus sic numerantur gradus: Filius aut filia quoad patrem aut matrem *primo* sunt gradu:

maritus enim et uxor gradum non inducunt, sed pro una sunt persona. Nepos aut neptis quoad avum aut aviam *secundo*. Pronepos aut proneptis quoad proavum aut proaviam *tertio*: atque ita deinceps. Primi fratres, quotcunque etiam fuerint, inter se *secundo* sunt gradu. Patrueles et *consobrini quarto*: horum liberi sive *sobrini sexto*: sobrinorum denique liberi inter se *octavo* sunt gradu, *qui et licite nuptiis iunguntur*.

Bey den Lateinern war diese Art der Gradeberechnung bis ins elfte Jahrhundert im Gebrauche, ohngeachtet schon seit dem neunten Jahrhundert die Eheverbote wegen der Blutsfreundschaft bis zum siebenten Grade waren ausgedehnt worden [1]). Es erhellet dieß erstens aus *can.* 1 *et* 2. *C. XXXV. Qu.* 2 *et* 3. des gratianischen Decrets. In dem ersten Canon, welcher jedoch dem Pabste Gregor dem Großen fälschlich zugeignet wird, noch weniger aber von demselben auf dem Concilio Meldensi, (Meaux) kann bekannt gemacht worden seyn, da dieses Concilium in der Mitte des neunten Jahrhunderts (845.) gehalten worden, Gregor aber gegen das Ende des sechsten Jahrhunderts gelebt hat [2]), heißt es: De affinitate consanguinitatis per gradus cognationis placuit usque

1) S. *Zeg. Bern. van* Espen iur. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. XIII. Cap. VI. §. 9. 13. et 14. (Opp. a *Gibert.* editor. Tom. II. pag. 145.) und *Jac.* Cujacius Comm. ad cap. penult. X. de consang. et affinit. (Oper. a *Fabroto* editor. Tom. III. pag. 373.)

2) S. Berardus ad Gratiani canones. P. I. cap. 50. Append. I. pag. 387. sqq. und P. II. cap. 59. pag. 119. Man vergleiche auch Böhmer's Note zu diesen *can.* 1. Tom. I. Corp. iur. canon. pag. 1088.

ad septimam generationem observare. Nam et hereditas rerum per legales instrumentorum diffinitiones sancita, usque ad septimum gradum protendit heredum successionem. Non enim succederent, nisi eis de propagine cognationis deberetur. Der hier, zur Begründung des Eheverbots, von der gesetzlichen Erbfolge hergenommene Beweis setzt ausser Zweifel, daß auch die römische Berechnungsart der Grade dabey angenommen worden sey. Der andere Text, welcher zwar zu den untergeschobenen Geburten des Pseudo-Isidors gehört, und hier unter den Namen des Pabst Calixtus aufgeführt wird [3], aber doch wenigstens zum Beweis des zur Zeit des Betrügers geltend gewesenen Rechts dienen kann; lautet folgendermaßen: Coniunctiones *consanguineorum* fieri prohibete, quando has et divinae et seculi prohibent leges. Leges ergo divinae, hoc agentes, et eos, qui ex eis prodeunt, non solum eiiciunt, sed et maledictos appellant. Leges vero seculi infames tales vocant, et ab hereditate repellunt. Nos vero sequentes patres nostros, et eorum vestigiis inhaerentes, infamia eos notamus, et infames esse censemus, qui infamiae maculis sunt adspersi: nec eos viros, nec accusationes eorum, quos leges seculi reiiciunt, suscipere debemus. — §. 1. Eos autem *consanguineos* dicimus, *quos divinae et Imperatorum, ac Romanorum, atque Graecorum leges consanguineos appellant, et in hereditate suscipiunt, nec repellere possunt.* Erst im elften Jahrhundert ward die römische Berechnungsart der Grade in Ehesachen durch die an

3) BERARDUS P. II. Cap. 14. pag. 89.

ihre Stelle tretende canonische Computation ve drängt, und jene gilt nur noch in den übrigen Fällen, w es auf Nähe der Verwandtschaft ankommt, vorzüglich Erbfällen [4]. Zwar findet sich die canonische Computati schon im *can.* 4. *Caus.* XXXV. *Qu.* 5. welche dem Pal Zacharias ann. 743. zugeschrieben wird. Hier heißt nämlich: *Parentelae gradus* taliter computamus: siqu dem ego et frater meus una generatio sumus, *primumque gradum* efficimus, nulloque gradu distamus. Rursus filius meus, fratrisque mei filius secunda generatio sunt, ac *gradum secundum* efficiunt, nec a se aliquo gradu separantur. Atque *ad hunc modum* caeterae successiones numerandae sunt. Allein daß dieser Canon nicht vom Pabst Zacharias herrühren könne, sondern in neuere Zeiten gehöre, erscheint daraus, weil nach dem oben angeführten *can.* 1. *C.* XXXV. *Qu.* 2. *et* 3. die römische Computation noch im neunten Jahrhundert auch in Ehesachen galt, wie auch schon Berardi [5] bemerkt hat. Daß vielmehr diese Berechnungsart noch im elften Jahrhundert in Ehesachen müsse gegolten haben, davon giebt Petrus Damiani [6], welcher dieselbe im elften

4) Pabst Alexander II. giebt in dem *can.* 2. §. 1. *C.* XXXV. *Qu.* 5. folgenden Grund an: Hac igitur de causa, quia hereditates nequeunt deferri nisi de una ad alteram personam, idcirco curavit secularis imperator in singulis personis singulos praefigere gradus. Quia vero nuptiae sine duabus non valent fieri personis, ideo sacri canones duas in uno gradu constituere personas.

5) Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti. P. II. Cap. 69. pag. 174.

6) De parentelae gradibus Opusc. VIII. *Opp.* Tom. III. pag. 77.

Jahrhundert zuerst anfocht, ein unwiderlegliches Zeugniß [7]).

Das canonische Recht stimmt nun zwar darin mit dem römischen Rechte überein, daß es die Grade für Generationen nimmt; denn beyde Benennungen werden auch hier ganz synonymisch gebraucht [8]). Es zählt auch die Grade in der geraden Linie eben so, wie das römische Recht [9]). Allein in der Seitenlinie weicht das canonische Recht von dem römischen Rechte ganz ab, indem nach der Berechnungsart desselben, wie Pabst Alexander II. [10]) sich ausdrückt, immer zwey gradus legales einen canonischen

7) Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 14. §. 13.

8) *Can.* 18. *C. XXXV. Qu.* 2. *et* 3. *Can.* 2. §. 1. *C. XXXV. Qu.* 5. *Can.* 4. *ibid.*

9) Boehmer c. l. §. 19.

10) *Can.* 2. §. 4. *Caus. XXXV. Qu.* 5. Sed, ut veridicae leges, et veraces sint canones, dicamus hoc, quod veritas habet, scilicet, quod non terminatur consanguinitas in huiusmodi sexto gradu, sed terminatur secundum canones in septimo gradu. Utraque enim computatio — uno fine concluditur. *Namque duo gradus legales unum gradum canonicum constituunt.* Fratres itaque, qui secundum seculares leges dicuntur in *secundo* gradu, iuxta canones numerantur in *primo.* Filii fratrum, qui illic numerantur in *quarto*, hic computantur in *secundo:* nepotes vero, qui in *sexto* ibi, istic numerantur in *tertio:* sic deinceps, qui in legibus scribuntur in *octavo* et *decimo*, in canonibus definiuntur in *quarto* et *quinto.* Atque hoc modo de reliquis sentiendum est, ut qui secundum canones dicuntur in *sexto* vel *septimo*, secundum leges accipiantur in *duodecimo*, vel *quartodecimo.*

Grad ausmachen. Daher sind Geschwister, welche nach dem römischen Rechte im zweyten Grade gezählt werden, nach dem canonischen Rechte im ersten; Geschwister Kinder nach dem römischen Rechte im vierten, nach dem canonischen im zweyten, Geschwister Enkel nach dem röm. im sechsten, nach dem canonischen aber im dritten Grade der Seitenlinie verwandt; und so werden denn weiter diejenigen, welche nach diesem Rechte im vierten und fünften Grade stehen, nach jenem im achten und zehnten Grade gezählt. Das canonische Recht zählt also in der Seitenlinie nur die in der einen Linie vorhandenen Generationen bis zum gemeinschaftlichen Stamm, bleibt bey diesem Stamme stehen, und bestimmt nach jener Zahl den Verwandtschaftsgrad zwischen den Personen, von deren Verwandtschaft die Rede ist. Da nun aber die Seitenlinie entweder gleich oder ungleich ist; so ergeben sich hieraus folgende zwey Regeln. 1) **In der gleichen Seitenlinie sind zwey Personen in demjenigen Grade mit einander verwandt, in welchem die eine derselben von dem gemeinschaftlichen Stamme absteht;** oder *Quoto gradu duo cousanguinei* [11]) *distant a stipite communi, eodem gradu inter se coniuncti sunt.* 2) **In der ungleichen Seitenlinie** wird **auf die längere Seite gesehen**, und die Regel **angenommen, in welchem Grade der Entferntere von dem gemeinschaftlichen Stamm absteht, in demselben Grade ist er mit demjenigen verwandt,**

11) *Ge. Lud.* Boehmer princip. iuris canon. §. 389. sagt: duo *pluresve* consanguinei. Allein da diese Regel nur dazu dient, um den verbotenen Grad zu bestimmen, so kann wohl immer nur von zwey Personen die Rede seyn.

welcher dem gemeinschaftlichen Stamm näher ist; oder *Quoto gradu in linea transversa inaequali remotior distat a communi stipite, eodem gradu distat ab eo, qui communi parenti gradu proximior est*, wie diese Regel auch vom Pabst Gregor *IX. cap. ult.* X. *de consang. et affinit.* bestimmt wird. Vermöge derselben ist also der Neffe mit seiner Tante, Vaters oder Mutter Schwester, im zweyten Grade verwandt, statt daß das Röm. Recht hier drey Grade zählt. Böhmer [12]) will zwar diese Regel in der ungleichen Seitenlinie nicht für hinreichend halten, weil aus der bloßen Angabe des Entferntern die Distanz des Näheren vom gemeinschaftlichen Stamm nicht zu erkennen sey. Es müsse also auf den Nähern eben so gut, wie auf den Entferntern gesehen werden, weil es gegen die Natur streite, daß der Nähere eben so weit entfernt sey, als der Entferntere. Gleicher Meinung ist Ge. Lud. Böhmer [13]), welcher daher die Regel giebt: *Quot gradibus proximior et remotior in linea collaterali inaequali distat a stipite communi, tot gradibus uterque inter se coniunctus est.* Nun scheint zwar diese Meinung die Verordnung des Pabsts Cölestin III. in dem *cap.* 3. X. *de consang. et affinit.* für sich zu haben, in welcher es unter andern heißt: Si vero alter sexto vel septimo gradu distat a stipite, alter autem secundo vel tertio gradu, coniungi non debent. Allein es ist hier von einer besondern Landesgewohnheit die Rede, welche in Norwegen herrschte; nach welcher in der ungleichen Seitenlinie der

12) Not. ad cap. ult. cit. in Corp. iur. can. T. II. p. 670. und in iur. eccles. Protest. c. 1. §. 19. p. 147.

13) Princip. iur. canon. §. 389.

verbotene Grad nicht nach dem Entferntern, sondern nach dem Nähern bestimmt wurde, welche der Pabst wegen des ohnehin schon den Einwohnern des Landes vom Pabst Hadrian ertheilten Privilegiums, im sechsten Grade heyrathen zu dürfen, nicht abändern wollte, wie aus dem ganzen Inhalt des Textes erhellet. Quaesivisti, heißt es nämlich, utrum is, qui a stipite per descendentem lineam sexto vel septimo gradu distat, possit ei, quae ex altera parte per lineam descendentem ab eodem stipite secundo vel tertio gradu distat, matrimonialiter copulari, propter indulgentiam (*felicis memoriae Adriani Papae, tunc Albanensis Episcopi, in Norwegiam*) apostolicae sedis legati, qua permissum est hominibus terrae illius in sexto gradu coniungi. Quod (*tibi*) videtur posse fieri secundum regulam, qua dicitur: quoto gradu quis distat a stipite, et a quolibet, per aliam lineam descendentium ab eodem: *cum tamen de consuetudine terrae, si quando talis casus emerserit, incolae terrae propter proximiorem gradum coniunctos separent, et impediant copulari volentes, (sicut litterarum tuarum series demonstravit). Nos itaque (sic consultationi tuae) respondemus, quod indulgentia illa sic est intelligenda, quod uterque coniungendorum distet a stipite sexto gradu, (cognatione secundum canones computata)* [14]. Ueberhaupt liegt bey der Böhmer'schen Regel wohl nur ein Mißver-

14) Man vergleiche über dieses cap. 3. vorzüglich Cujacii Commentar. in Tit. 14. Lib. IV. Decretal. *Oper.* T. III. p. 369. und Gonzalez Tellez Commentar. ad cap. 3. X. de consang. et affin. T. IV. p. 190. sq.

stand zum Grunde, wie schon Koch [15]) gezeigt hat. Man unterscheide, ob in der ungleichen Seitenlinie der Entferntere in einem erlaubten Grade mit dem Nähern verwandt ist, so daß er keiner Dispensation bedarf, oder ob er wegen des verbotenen Grades einer solchen benöthigt ist. In dem ersten Falle wird auf die Distanz des Nähern von dem gemeinschaftlichen Stamme keine weitere Rücksicht genommen. Gonzalez Tellez [16]) sagt daher ganz richtig: eum, qui per unam lineam distat a communi stipite *quinto gradu*, (nämlich nach dem neuern canonischen Rechte) posse matrimonium contrahere cum omnibus alterius lineae, etiamsi alter solum distaret *primo gradu* a communi stipite; quia in hac computatione *remotior gradus* attenditur. In dem letztern Falle ist es zwar bey den Katholiken gewöhnlich, beym Dispensationsgesuche auch den Verwandten auf der kürzern Seite anzugeben, weil die Dispensation leichter ertheilt wird, wenn der Nähere im dritten, als wenn er im zweyten oder ersten Grade von dem gemeinschaftlichen Stamm absteht. Dieß ändert aber die Regel der canonischen Gradeberechnung eben so wenig, als eine solche Angabe der Distanz des Nähern auch nur einmal für nöthig gehalten wird. Eben dieses bestärkt auch Gonzalez mit Beziehung auf die Verordnungen der Päbste Clemens VI. Pius V. und Urban VIII. wenn er sagt: in impetranda *dispensatione* ad contrahendum matrimonium intra gradus prohibitos, suffi-

15) Examen novae regulae computationis graduum canonicae, in *Opuscul. iuris canon.* (*Giessae* 1774.) Nr. IV.

16) Cit. loc. pag. 190.

cere, exprimere gradum remotiorem, *nec esse necessarium simul mentionem facere propinquioris gradus, quo alter distat,* — obtentis postea super propinquiori gradu litteris declaratoriis; nec ideo prius rescriptum subreptitium esse eo, quod propinquioris gradus mentio facta non fuisset. Schnaubert [17]), welcher auch die canonische Regel nicht für hinreichend hält, um die verschiedenen Modificationen der Verwandtschaftsgrade in der ungleichen Seitenlinie kennbar zu machen, und den Unterschied zwischen dieser Linie, und der gleichen Seitenlinie anzugeben, glaubt, die Regel des canonischen Rechts habe, nach der Absicht des Pabstes, nur überhaupt die Bestimmung des verbotenen Grades zum Zweck. Zu dieser Absicht sey sie hinreichend. Will man aber eine Regel haben, um die verschiedenen Fälle genau zu unterscheiden, so müsse man nicht allein den entfernteren, sondern auch den nähern Seitenverwandten nennen. Dafür sey dann die Böhmersche Regel. So lasse sich diese Controvers ganz füglich beylegen. Er stellt also für die ungleiche Seitenlinie zwey Regeln auf, 1) um den verbotenen Grad zu bestimmen, ist auf die längere Seite zu sehen. 2) Will man aber den vorliegenden Fall genau bestimmen, und von andern Fällen unterscheiden, so muß auf beyde Seiten zugleich gesehen werden. Da jedoch das letztere nur hauptsächlich bey Dispensationsgesuchen der Fall seyn wird; so bleibt immer die erste Regel die Hauptregel.

Soviel den Ursprung der canonischen Gradeberechnung anbetrifft, so ist dieselbe weder eine Erfindung der Päbste,

17) Jurist. Bibliothek. 26. Stück S. 448. f. und desselben Grundsätze des Kirchenrechts. §. 241. Nr. III.

noch, wie Böhmer[18]) behauptet, einem Irrthum des Pabsts Gregor des Großen zuzuschreiben, welcher aus einem Mißverstande des römischen Rechts, die Geschwister für den gemeinschaftlichen Stamm angesehen, und die Geschwister Kinder für Verwandte der zweyten Generation gehalten haben soll. Denn wenn gleich die canonische Berechnungsart in dem *can.* 20. *C. XXXV. Qu.* 2 *et* 3. nicht zu verkennen ist, wo Gratian aus einem Schreiben Gregors des Großen an den englischen Bischof Augustin folgende Worte anführt: Quaedam lex terrena in Romana republica permittit, ut sive fratris et sororis, seu duorum fratrum germanorum seu duarum sororum filius et filia misceantur. Sed experimento didicimus, ex tali coniugio sobolem non posse succrescere: et sacra lex prohibet cognationis turpitudinem revelare. Unde necesse est, *ut in quarta vel quinta generatione* licenter sibi coniungantur; dieß auch noch deutlicher aus *can.* 2. §. 5. *C. XXXV. Qu.* 5. erhellet, wo sich der Pabst Alexander II. auf das *can.* 20. befindliche Schreiben des Gregors beruft, um die canonische Berechnungsart der Grade gegen die Anhänger der römischen zu rechtfertigen; woselbst jedoch die Worte nach succrescere nach einer verschiedenen Leseart folgendermassen lauten: Unde necesse est, ut iam in tertia, vel in *quartu generatione* copulatio fidelium licenter sibi coniungi debeat. *Nam a secunda, quam praediximus, omnimodo debent abstinere;* so beweist doch der Inhalt des Schreibens selbst, daß es nicht von Gregor seyn könne, sondern demselben angedichtet worden sey.

18) Iur. eccles. Protest. T. IV. Lib. IV. Tit. 14. §. 6. pag. 132.

Denn 1) waren die Ehen unter Geschwister Kindern zur Zeit Gregors, und noch nach ihm im siebenten Jahrhundert erlaubt, wie Berardi[19]) aus den Gesetzen des longobardischen Königs Rotharis erwiesen hat. 2) Daß die Civilcomputation der Grade noch im achten und neunten Jahrhundert in Ehesachen gegolten habe, ist oben bewiesen worden. 3) Bezeugen die Mönche von Sct. Maurus, welche die Werke Gregor's am vollständigsten und genauesten edirt haben, daß jenes Schreiben in mehreren alten Handschriften fehle. Hierzu kommt, 4) daß der Erzbischof Bonifaz I. zu Mainz, von Geburt ein Engländer, den Erzbischof Rothelm zu Britannien in einem eigenen deshalb an ihn erlassenen Schreiben bat, er möchte ihm doch eine Abschrift von dem Briefe des Gregors zusenden, worin derselbe, wie man sagt, einige Fragen des Bischofs und ersten englischen Predigers Augustinus beantwortet habe, in welchem unter andern enthalten seyn soll, daß in der dritten Generation der Verwandtschaft die Ehen für erlaubt zu halten. Er möchte auf das genaueste nachforschen, ob wirklich ein solches Schreiben vom Gregor vorhanden sey, oder nicht, weil in dem Archiv der römischen Kirche, alles Nachsuchens ungeachtet, wie die Archivare derselben versichern, ein solches Schreiben nicht zu finden sey[20]). Was Rothelm hierauf geantwortet habe, ist zwar

19) Gratiani canones etc. P. II. Cap. 59. Sect. 9. pag. 53 sq.

20) Die Worte lauten folgendermassen: *Similiter diligenter obsecro, ut illius epistolae, qua continentur, ut dicunt, interrogationes Augustini Pontificis, ac Praedicatoris primi Anglorum, et responsiones* Gregorii *Papae, exemplar mihi dirigere curetis, in qua inter cetera capitula continetur, quod in tertia generatione propinquitatis fidelibus liceat matrimonia copulare, et*

nicht bekannt; man sieht aber doch aus diesem Schreiben soviel, daß dem Bonifaz, welchem, als einem gebohrnen Engländer, ein so wichtiges Schreiben des Gregors wohl gewiß nicht hätte unbekannt seyn können, dennoch dasselbe nicht bekannt gewesen sey, und daß er, wie die Worte seines Schreibens deutlich zu erkennen geben, an dessen Aechtheit gezweifelt haben müße. Nun steht zwar der ganze Brief in des Beda Geschichte von England [21]), allein daraus folgt nur soviel, daß zur Zeit dieses Geschichtschreibers ein solches Schreiben vorhanden gewesen, nicht aber, daß es vom Gregor verfaßt sey. In der That ist auch endlich 5) der Inhalt dieses Schreibens, wenn wir die einzelnen Bruchstücke desselben bey Gratian [22]) vergleichen, den damaligen Zeitumständen gar nicht angemessen. Denn es war gerade zu Gregors Zeiten, als durch eben denselben Augustin, an welchen das Schreiben des Gregor's gerichtet ist, zuerst das Evangelium in England verkündiget, und durch denselben, welchen man deshalb mit Recht den Apostel der Engländer

ut scrupulosa cautela diligenter investigare studeatis, si illa conscriptio supradicta Patris nostri sancti Gregorii *esse comprobetur*, *an non*, *quia in scrinio Romanae Ecclesiae*, *ut adfirmant scriniarii*, *cum ceteris exemplaribus supradicti Pontificis quaesita non inveniebatur*, wie Berardus in seinem Gratianus P. II. cap. 59. Sect. 17. pag. 95. sq. dieses Schreiben hat abdrucken lassen.

21) Histor. Anglorum. Lib. I. cap. 27.

22) *Can.* 30. *C. XII. Qu.* 2. *Can.* 8. *C. XII. Qu.* 1. *Can.* 3. *Dist.* 32. *Can.* 10. *D. XII. Can.* 11. *C. XII. Qu.* 2. *Can.* 6. *D.* 80. *Can.* 3. *C. XXV. Qu.* 2. *can.* 1. *C. VI. Qu.* 3. *c.* 1. 2. *et* 3. *D.* 5. *can.* 1. *et* 2. *D.* 6.

nennen kann, die christliche Religion daselbst eingeführt wurde. Wer hätte also hier nicht erwartet, daß Augustin dem Pabst Gregor solche Fragen werde zur Beantwortung vorgelegt haben, welche die Gründung der neuen Kirche in England betrafen? Allein auch nicht eine von allen den Fragen ist hierauf gerichtet. Es ist also wohl nicht zu bezweifeln, daß der mehr erwähnte Brief des Gregors an den Augustin neuern Zeiten angehöre [23]).

Richtiger ist die Bemerkung, worin fast alle Neuern [24]) übereinstimmen, daß die canonische Computation der Grade in der That keine andere, als die alte deutsche sey, welche von den deutschen Völkern, vielleicht den Longobarden, nach Italien gebracht, und von den Päbsten des Mittelalters adoptirt worden ist. Denn die Berechnung der Grade geschah im alten deutschen Rechte, wegen der demselben eigenthümlichen Successionsordnung, nicht nach der Entfernung des Erben vom Erblasser, sondern von dem gemeinschaftlichen Stammvater, und zwar sowohl in der geraden als der Seitenlinie, nach der Regel: **je näher dem Sipp**, (stipes communis) **desto näher dem Erbe** [25]).

23) S. Berardus c. l. pag. 96.

24) *Car. Ferd.* Hommel Oblectam. iur. feod. Obs. XVI. *Lud. Frid. Jo.* Grub Diss. de fatis ordinis succedendi in feuda legitimi. *Stuttgard.* 1779. §. 16. Schnaubert Grundsätze des Kirchenrechts §. 241. Not. d. Karl Fried. Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgeschichte 1. Abth. §. 65. und Ferd. Walter Lehrbuch des Kirchenrechts. (Bonn 1822.) §. 194. S. 379.

25) Hommel Oblectam. cit. Obs. XV. Grub Diss. cit. §. 17. und Joh. Christ. Maier's deutsche Erbfolge sowohl überhaupt als insbesondere in Lehen- und Stammgütern. 1. Fortsetz. (Stuttgart 1805.) S. 14—51.

In dieser Berechnungsart der Grade nach der Abstammung von dem gemeinschaftlichen Sipp stimmen auch der Sachsen- und Schwabenspiegel überein, ob sie gleich, wie bereits oben bemerkt worden ist, in der Angabe der Sippzahl von einander abweichen. Wenn aber diese deutsche Berechnungsart in das canonische Recht übergieng, läßt sich nicht bestimmen. Soviel ist gewiß, daß sie sich schon überall in den Capitularien [26]) findet, so wie in mehreren schon oben angeführten Stellen des Gratianischen Decrets, deren wahre Verfasser aber ungewiß sind. Daß sie indessen schon im sechsten Jahrhundert im Gebrauche gewesen sey, ist nicht erweislich. Sie mag aber wohl früher in Deutschland, als in Italien bekannt gewesen seyn. Denn in den Lehns-Gesetzen der Longobarden war sie schon enthalten. Wenigstens lassen sich mehrere Texte des Longobardischen Lehnrechts [27]) nicht wohl anders, als von der

Besonders verdient verglichen zu werden, was §. 24. S. 133. — 136. gegen Hommel erinnert worden ist, daß die canonische Grade-Berechnungsart in den Consanguinitäts-Verhältnissen nicht auf einer blos positiven teutschen Nationalsitte beruhe, sondern die ganz natürliche, und eben darum auch einzig richtige sey. Ob aber die Sippzahl für eine Erfindung und ganz positive Sanction der Kirche zu halten sey, möchte wohl noch manchen Zweifeln unterworfen seyn, weil sie gewiß erst durch die Capitularien der fränkischen Könige sanctionirt wurde, wie §. 12 13. gezeigt werden wird.

26) S. *Capitulare Compendiense* a. 757. c. 1. et 3. in Georgisch Corp. iuris germ. antiqui pag. 530. und *Capitular. Caroli M.* Lib. VII. cap. 432. bey Georgisch pag. 1723.

27) *I. F.* 1. §. 4. *I. F.* 8. §. 1. *II. F.* 26. §. 5. *II. F.* 31.

canonischen Computation erklären, obwohl freylich nur die Sipp-zahl canonisch computirt wurde, die aber nach der klaren Angabe des Feudisten bereits in Abnahme gekommen war [28]. Der Streit aber, welcher in XI. Jahrhundert zwischen dem Bischof und nachherigen Kardinal Petrus Damiani und den Lehrern auf der Rechtsschule zu Ravenna über die Berechnungsart der Verwandtschaftsgrade entstand, beweist, daß sich die bis dahin erhaltene römische Computation nur mit Mühe verdrängen ließ. Die Geschichte dieses Streits ist kürzlich folgende. Auf einer römischen Synode war vom Pabst Nicolaus II. im Jahr 1059. unter andern can. 11. festgesetzt worden: *Ut de consanguinitate sua nullus uxorem ducat usque ad generationem septimam; vel quousque parentela cognosci poterit.* Dieses Verbot ward nachher nochmals unter dem Pabst Alexander II. auf einer andern römischen Synode im Jahr 1063. auf welcher mehr als hundert Bischöfe gegenwärtig waren, erneuert [*]. Hierdurch ward nun die Frage veranlaßt, wie die genannte siebente Generation zu verstehen sey? Die Juristen zu Ravenna waren der Meinung, daß dieselbe nach der Civilcomputation zu berechnen sey. Diese Meinung hatte auch den Grund für sich, daß schon im neunten Jahrhundert die Eheverbote bis auf die siebente Generation, und so weit die Consanguinität erkannt werden könnte, durch die Kirchengesetze [29] ausgedehnt, und dabey sich kirchlicher Seits auf das römische Recht berufen worden, welches nach dem selbst von der Kirche anerkann-

28) S. Majer's teutsche Erbfolge 1. Forts. S. 190.

*) S. Harduin. Concil. Tom. VI. P. I. p. 1063. et 1140.

29) *Concil. Meldense* a. 845. *can.* 1. *C. XXXV. Qu.* 2. *Concil. Wormatiense* a. 868. c. 32. *can.* 18. *C. XXXV. Qu.* 2.

ten Ausspruch des römischen Juristen Julius Paulus [30]) sieben Grade der Consanguinität bey der Erbfolge annimmt, weil es über diesen Grad für dieselbe keine Namen mehr giebt. Damiani erklärte aber diese Meinung für einen groben und gefährlichen Irrthum. Er suchte deswegen die Ravennatenser nicht nur mündlich zu widerlegen, sondern schrieb auch noch ein besonderes Buch de parentelae gradibus, welches er dem Bischof Johann von Cäsena, Suffragan der Kirche zu Ravenna, und dem Archidiacon daselbst zueignete. In diesem heißt es gleich im Anfange: *Ravennam, ut nostis, nuper adii, quam mox periculosi erroris scrupulo turbatam vacillare cognovi. Erat autem de consanguinitatis gradibus plurima disceptatio, atque iam res eousque processerat, ut sapientes civitatis in unum convenientes sciscitantibus Florentinorum veredariis in commune rescripserint, septimam generationem canonica auctoritate praefixam ita debere intelligi, ut numeratis ex uno generis latere quatuor gradibus, atque ex alio tribus iure iam matrimonium posse contrahi videretur. Ad adstruendam quoque praeposterae huius allegationis ineptiam, illud etiam in testimonium deducebant, quod* Justinianus *suis interserit Institutis*: sed nec neptem, *inquit*, fratris vel sororis ducere quis potest, quamvis in quarto gradu sint, — — —

30) *Sentent. Recept.* Lib. IV. Tit. 11. wo es §. 8. heißt: Successionis idcirco *gradus septem* constituti sunt, quia ulterius per rerum naturam nec nomina inveniri, nec vita succedentibus prorogari potest. Die Worte des Paulus sind unter der Aufschrift des Isidorus im *can.* 6. C. XXXV. *Qu.* 5. enthalten.

et quidem ego nudis verbis ista dogmatizantibus restiti, ac prout in expeditione licuerat, emergentem, ut ita fatear, haeresin canonicae testimoniis auctoritatis attrivi; quo tamen vos minime contenti, dignum esse decrevistis, ut, quod ore protuleram, apicibus traderem, atque ita non paucis, sed omnibus hoc errore nutantibus facili compendio responderem. Weil jedoch Damiani durch sein Ansehen die für die Civilcomputation eingenommenen Juristen zu Ravenna eines Andern zu belehren nicht vermochte; so veranlaßte er deswegen den Pabst Alexander II. bey dem er alles galt, eine Kirchenversammlung zu halten, und auf derselben die canonische Computation, als die gesetzliche, unter Androhung des Anathema, vorzuschreiben. Dieses Concilium ward auch von dem gedachten Pabst im Jahre 1065 gehalten, und auf diesem der Canon bekannt gemacht, welcher in Gratians Decret unter der Aufschrift: ALEXANDER PAPA II. *omnibus episcopis et clericis, nec non iudicibus per Italiam constitutis*, oder wie einige alte Handschriften und Ausgaben [31]) haben: *Neapolitanis clericis, et omnibus episcopis atque iudicibus per Italiam constitutis*, der *can.* 2. *Caus XXXV. Qu.* 5. ist, und also eigentlich *Alexander Papa II. in Concilio Romano a.* 1065. hätte überschrieben werden sollen. Die in den verschiedenen Ausgaben des Gratianischen Decrets vorkommende Verschiedenheit der Inscription ist, wie Berardi [32]) bemerkt, daher entstanden, weil der Pabst Alexander II. nach jenem Concilium verschiedene Schreiben

31) Z. B. in der Ausgabe, welche *Lugduni* apud *Hugonem a Porta* 1560. f. erschienen ist.

32) Gratiani canones etc. P. II. cap. 83. pag. 325.

desselben Inhalts, nämlich an die Neapolitaner, an den Bischof zu Venedig, an den zu Basel, und an den Bischof zu Arezzo hatte ergehen lassen, von welchen der Bischof Ivo zu Chartres, ein Zeitgenoß Alexanders II., Bruchstücke in sein Decret aufgenommen hat [33]. Wie hätte wohl ein solcher Streit entstehen können, wenn die Frage, worüber gestritten wurde, schon wirklich so klar entschieden gewesen wäre, als sie in den *can.* 3 *et* 4. *C. XXXV. Qu.* 5. unter den Namen der Päbste Gregor und Zacharias wirklich entschieden ist, wenn diese Canonen ächt, und damals schon vorhanden gewesen wären? Denn in dem can. 3. werden dem Pabst Gregor die Worte untergeschoben:

Porro de *affinitate*, quam dicitis parentelam esse, quae ad virum ex parte uxoris, seu quae ex parte viri ad uxorem pertinet, manifestissima ratio est: quia, si secundum divinam sententiam ego et uxor mea sumus una caro, profecto mihi et illi mea, suaque parentela propinquitas una efficitur. Quocirca ego et soror uxoris meae *in uno et primo gradu* erimus, filius vero eius in *secundo gradu* erit a me, neptis vero *tertio*: idque utrinque in caeteris agendum est successionibus.

Der can. 4. bestimmt unter dem Namen des Pabsts Zacharias (ann. 743.) die Gradeberechnung in der Consanguinität folgendermaßen:

Parentelae gradus taliter computamus: siquidem ego et frater meus una generatio sumus, *primumque gradum* efficimus, nulloque gradu dista-

33) *Parte IX. Cap.* 6. 9. 10. *et* 37.

mus. Rursus filius meus, fratrisque mei filius secunda generatio sunt, ac *gradum secundum* faciunt, nec a se aliquo gradu separantur. Atque ad hunc modum caeterae successiones numerandae sunt. Porro de affinitate, quam dicitis parentelam, etc.

Ich will nicht einmahl berühren, daß beyde Texte ursprünglich gesammengehört, und also einen Verfasser gehabt haben müssen; allein das ist auffallend, daß sich weder Damiani, noch Alexander II. auf einen derselben berufen hat; noch unbegreiflicher aber ist es, wie bey so deutlichen Bestimmungen über Berechnung der Grade sowohl der Consanguinität als Adfinität nur irgend ein Zweifel hätte übrig seyn können. Es müssen also jene Texte wohl erst nach Alexander II. geschmiedet worden seyn, um dadurch für immer allem Streite in Zukunft vorzubeugen, wie auch Berardi [34]) glaubt. Zwar beruft sich Alexander auf ein Decretalschreiben des Pabsts Gregor, welches er wörtlich anführt. Allein es ist das an den englischen Bischof Augustin, dessen Unächtheit schon oben erwiesen worden ist. Die Worte unsers in seiner Art sehr merkwürdigen Canons lauten nun bey Gratian folgendermaßen:

Ad sedem apostolicam perlata est quaestio noviter exorta *de gradibus consanguinitatis*, quam quidam legum et canonum imperiti excitantes, eosdem propinquitatis gradus contra sacros canones et ecclesiasticum morem [35]) numerare nituntur:

34) Gratiani canones etc. P. II. Cap. 69. pag. 174.

35) Allerdings mochte schon zu der Zeit die canonische Computation auch in mehreren geistlichen Gerichten Italiens im Gebrauche gewesen seyn. Denn um eben diese Zeit schrieb Petrus seine *Exceptiones Legum Romanorum*

novo et inaudito errore affirmantes, quod germani fratres vel sorores inter se sint in secunda gene-

in Frankreich, dessen Schrift in die andere Hälfte des elften Jahrhunderts mit der größten Wahrscheinlichkeit zu setzen ist, wie von Savigny in der Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter 2. B. S. 134 — 139. wo auch diese Exceptiones angehängt sind, aus vielen Gründen dargethan hat. Dieser Petrus nimmt es als ganz entschieden an, daß die Ehe unter Seiten-Verwandten bis zum siebenten Grade canonischer Computation verboten sind. Er sagt nämlich Lib. I. cap. 28. bey Savigny pag. 309. Inter ascendentes et descendentes usque ad infinitum nuptiae fieri non possunt. Inter *laterales* vero possunt ultra *septimum gradum*, id est, secundum canones *intra septimam generationem*, quae computatur ita: *duo fratres sunt in prima cognatione*, *et eorum filii in secunda*, *et eorum nepotes in tertia*, *et sic per ceteros*. Unum tamen sapias, quod si sunt ex una parte in sexto, et ex alia in septimo, vel ex utraque in septimo, si ante coniunctionem noscatur, nullo modo postea debent copulari; sin autem post matrimonium cognoscatur, non dissolvitur, sed potius legitimum durat matrimonium. Es scheint aber damals noch an einem allgemeinen Kirchengesetz, wodurch die canonische Computation als die einzig gesetzliche vorgeschrieben war, gefehlt zu haben. Der *Synodus Vermeriensis* vom J. 752. c. 1. und das *Capitulare Compendiense* vom J. 757. c. 1. bey Georgisch pag. 506. et 530. welche Böhmer Not. 76. zu diesem Text anführt, in welchem die Ehe unter Verwandten bis zur vierten progenies, oder geniculum verboten wird, setzen blos die teutsche Berechnung der Grade voraus, welches denn freylich keine andere, als die canonische ist. Kein Wunder, wenn in Italien, besonders zu Ravenna und in dem Exarchate, wo sich das römische Recht immer in lebhaftem

ratione, filii eorum, vel filiae, in quarta, nepotes vel neptes eorum, in sexta. Talique modo progeniem computantés, et in huiusmodi sexto eam gradu terminantes, dicunt, deinceps viros ac mulieres inter se posse nuptialia iura contrahere. Et ad huiusmodi profanum errorem confirmandum, in argumentum assumunt seculares leges, quas *Justinianus* Imperator promulgavit de successionibus consanguineorum. Quibus confisi, ostendere moliuntur, fratres in secundo gradu esse numeratos, filios eorum in quarto, nepotes in sexto. Sic seriem genealogiae terminantes, numerationem sanctorum patrum, et antiquam ecclesiae computationem ad nos usque perductam, perversa quadam calliditate disturbare nituntur [36]). Nos

Gebrauche erhalten hatte, (S. von Savigny a. a. O. S. 195.) die Civilcomputation die vorherrschende blieb, und nur mit Mühe verdrängt werden konnte.

36) Noch gröber ist Alexander in seinem Schreiben an die Neapolitanische Geistlichkeit ausgefallen, in welchem es bey Ivo P. IX. Cap. 6. seines Decrets heißt: De parentelae gradibus tam famosae quaestionis apud illos scrupulum nuper etiam *inter vos* emersisse cognovimus: (es muß alſo auch damals in Neapel über die Gradebestimmung noch keine allgemein entscheidende Norm vorhanden gewesen sey) super qua nonnullos pernitiosos interpretes ac disputatores contra veritatis regulam sanamque doctrinam dogmatizare dolemus. *Sedentes enim in Cathedra pestilentiae*, *dictant iura*, *quae nesciunt*, *et docent illa*, *quae nullatenus didicerunt*. Nam (ut fertur) ita generationes a duobus fratribus altrinsecus prodeuntes enumerant, ut eorum invicem filios quartam, nepotes sextam, pronepotes octavam generationem esse perhibeant. Hoc itaque

vero Deo annuente hanc quaestionem discutere curavimus, in synodo habita in Lateranensi Consistorio, convocatis ad hoc opus episcopis, et clericis, atque iudicibus diversarum provinciarum. §. 1. Denique diu ventilatis legibus et sacris canonibus, distincte invenimus ob aliam atque aliam causam, alteram legum fieri, alteram canonum computationem. In legibus siquidem ob nihil aliud ipsorum graduum mentio facta est, nisi ut hereditas, vel successio ab una ad alteram personam inter consanguineos deferatur. In canonibus vero ob hoc progenies computatur, ut aperte monstretur, usque ad quotam generationem a consanguineorum sit nuptiis abstinendum. Ibi praescribitur, ut hereditas propinquis modo legitimo conferatur: hic vero, ut rite et canonice inter fideles nuptiae celebrentur. In legibus distincte non numerantur gradus: nisi usque ad sextum: in canonibus autem usque ad septimam distinguuntur generationem. Hac igitur de causa, quia heredi-

modo unumquemque generationis gradum, qui unus procul dubio dicendus est, dividunt, atque imperite numerandam progeniem desecare contendunt. *Qui nimirum nequaquam in huius foetoris ructus pestilenter irrumperent, si sacrae pabulum scripturae vivacis ingenii faucibus riminarent.* Nicht viel höflicher drückt sich Damiani *de gradibus parentelae* cap. 4. aus: Sed ut de ceteris sileam, miror saltem, *legisperitos ita potuisse desipere, ut subjecta figura oculis videantur in supputandis gradibus caligare*, qui nimirum, dum quartum generis gradum octavum faciunt, quid super hac re etiam suae leges definiant, non attendunt.

tates nequeunt deferri nisi de una ad alteram personam, idcirco curavit secularis imperator in singulis personis singulos praefigere gradus. Quia vero nuptiae sine duabus non valent fieri personis, ideo sacri canones duas in uno gradu constituere personas. §. 2. Utramque tamen computationem, si attente ac subtiliter perspecta fuerit, idem sensisse, et eandem esse in eis sententiam, atque ad eundem terminum convenire, manifestissimum erit. *Justinianus* namque usque ad quem gradum consanguinitas ipsa perduret, in suis legibus non definivit. Canones vero ultra septimam, nullam numeravere generationem. Sexto quippe gradu determinato, in ipsis legibus subintulit Imperator: *hactenus ostendisse sufficiat, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Namque ex his palam est intelligere, quemadmodum ulteriores quoque gradus numerare debeamus. Generata quippe persona semper gradum adjicit.* Ecce in his brevibus verbis aperte ostenditur, tales gradus, quales isti computant, non tantum usque ad sextum, verum etiam ultra numerari debere, quippe cum ultra sextum ulteriores gradus numerandos esse decernat. Ubi enim ulteriores nominat gradus, aperte indicat, non sex tantummodo esse gradus, sed sex finitis, adhuc alios numerandos. Nec mirum, cum in praecedentibus ipse firmaverit Imperator, decimo etiam gradu consanguineos sibi inter se posse succedere. Cum decimum nominat, non esse tantummodo sex, luce clarius confitetur. §. 3. Hi ergo evigilent, et aciem mentis, si possunt, intendant, quos hacte-

nus istiusmodi perculit error. Enimvero, ubi secundum leges inter agnatos, vel cognatos defertur successio, consanguineos esse non dubium est. Neque enim sibi succederent, nisi inter se parentelae vinculo tenerentur. Succedunt autem inter se, teste *Justiniano*, in decimo gradu: consanguinei igitur sibi sunt, qui sibi succedunt. Quod si in decimo gradu consanguinei sibi existunt, non est terminata consanguinitas, ut isti fatentur, in sexto tantummodo gradu. Quid igitur dicent? Computatis namque gradibus, sicut isti numerant, aut finitur consanguinitas in sexto gradu, aut non. Si finitur, fallaces erunt leges, quibus isti nituntur, quae in decimo gradu sibi succedere consanguineos iubent. Quod si non finitur consanguinitas in isto gradu, falsidici erunt isti, qui ultra illum sextum gradum nolunt computare consanguinitatem. Igitur aut leges erunt falsae, aut isti, qui sic finiunt generationem. §. 4. Sed, ut veridicae leges, et veraces sint canones, dicamus hoc, quod veritas habet, scilicet, quod non terminatur consanguinitas in huiusmodi sexto gradu, sed terminatur secundum canones in septimo gradu. *Utraque enim computatio, sicut superius diximus, uno fine concluditnr. Namqne duo gradus legales unum gradum canonicum constituunt. Fratres itaque, qui secundum seculares leges dicuntur in secundo gradu, iuxta canones numerantur in primo. Filii fratrum, qui illic numerantur in quarto, hic computantur in secundo: nepotes vero, qui in sexto ibi, istic numerantur in tertio: sic deinceps, qui in legibus scribuntur in octavo et decimo, in canonibus definiuntur in quarto et quinto. Atque hoc modo de reliquis sentiendum est, ut qui secundum canones dicuntur in sexto vel septimo, secundum leges accipiantur in duodecimo vel quartodecimo.* §. 5. Hanc computationem intelligens prudentissimus Papa Gregorius, dum quaereretur, in quota generatione coniungi fideles debeant? ipsas seculares leges in

testimonium adducens, *Augustino*, Anglorum Episcopo, sic rescripsit: *Quaedam terrena lex in Romana republica permittit, ut sive fratris et sororis, sive duorum fratrum germanorum, seu duarum sororum filius et filia misceantur. Sed experimento didicimus, ex tali coniugio sobolem non posse succrescere. Unde necesse est, ut iam in tertia vel in quarta generatione* [37]) *copulatio fidelium licenter sibi coniungi debeat. Nam a secunda, quam praediximus, omnimodo debent abstinere.* Ecce hic aperte monstratur, filios et filias fratrum in secunda generatione numerari. Et si fratrum filii et filiae numerantur in secunda, fieri non potest, ut ipsi fratres non sint in prima. Quodsi fratres computantur in prima, filii eorum in secunda, dubium non est, quin eorum nepotes sint in tertia, pronepotes in quarta, et sic de reliquis usque ad septimam [38]). §. 6. Sed sunt quidam, qui ex his Gregorii verbis, quibus ait, ut in tertia vel quarta generatione copulentur fideles, occasionem accipiunt illicita matrimonia contrahendi, dicentes, se hoc iuste facere posse, quod prudentissimus doctor sua sententia diffinivit. Isti itaque, qui se hoc velamento

37) Verschieden lauten die Worte dieses dem Gregor untergeschobenen Schreibens *Can.* 20. *C. XXXV. Qu.* 2. *et* 3. wie schon oben bemerkt worden ist.

38) In dem Schreiben des Pabsts Alexander II. an die Neapolitanische Geistlichkeit bey Ivo P. IX. cap. 6. wird zur Begründung der canonischen Computation auch noch ein Beweis aus der Bibel geführt: *Nam quod duorum fratrum sive nepotum, vel deinceps utrimque descendentium generationes non diversae dici, sed eodem ac sub uno nomine debeant uniformiter appellari, testatur liber Geneseos, cum dicit: vixit Joseph C. et X. annis, et vidit Ephraim filios usque ad tertiam generationem. Filii quoque Machir, filii Manasse, nati sunt in genibus Joseph. Porro autem si sic cognationes supputari deberent, ut vestri disputatores autumant, dum Joseph ex utroque filio, Ephraim scilicet et Manasse nepotes haberet, nequaquam scriptura diceret, quia vidit filios Ephraim usque ad tertiam, sed usque ad sextam generationem.*

defendere nituntur, advertant in eiusdem patris sententiis, hoc non generaliter cunctis, sed specialiter Anglorum genti mandasse. Nam postmodum a *Felice*, Messanae Siciliae praesule, requisitus, an hoc, quod *Augustino* mandaverat, generaliter cunctae ecclesiae tenendum esset, apertissime firmavit, non aliis hoc, quam illi genti mandasse: ne bonum, quod coeperant, metuendo austeriora, desererent: sed et illis, postquam in fide essent firma radice solidati, et universali ecclesiae censuit semper esse tenendum, ut nullam de propria consanguinitate, vel affinitate infra septimam generationem aliquis sibi audeat coniugio copulare [39]). §. 7. Ecce aperte monstratum

39) Dieses Schreiben wird auch *can.* 20. §. 1. *C. XXXV. Qu.* 2. *et* 3. angeführt, ist aber eben so gut erdichtet, wie jenes an den englischen Bischof Augustin. Darin sind heut zu Tage alle einverstanden. Man vergleiche Dupin Biblioth. auctor. eccles. Tom. V. pag. 131. Harduinus Concilior. T. III. p. 519. not. marg. Blondell in Pseudo-Isidoro. p. 668. sq. und besonders Berardus ad Gratiani canones. P. II. Cap. 39. p. 51—53. und Gundlingiana. Stück XXXVI. Nr. 2. S. 125. ff. Die Unächtheit desselben ergiebt sich schon daraus, weil der genanute Bischof Felix schon im Jahre 595 gestorben war, ehe noch Augustin nach England war geschickt worden. Diese Sendung erfolgte erst ein Jahr nachher, wie aus den Briefen des Gregors an den Bischof Donus zu Messina erhellet, welcher im Jahre 595 des Felix Nachfolger geworden war. S. Gregorii *Epistol.* Lib. V. Ep. 39. Sodann beweist auch das neuere Zeitalter desselben die dem Gregor ganz ungewöhnliche Inscription: *Reverendissimo fratri Felici Episcopo* Gregorius *servus servorum Dei*; so nannte sich nie Gregor in seinen ächten Briefen, und nie bediente er sich des Titels *Reverendissimus*, wenn er an einen Bischof schrieb. Eben so wenig ist die Weitschweifigkeit des Styls dem Gregor eigen, und geht man vollends den ganzen Inhalt des weitläuftigen Schreibens durch, so spricht sich der Character des Pseud-Isidors unverkennbar aus, wie Berardi a. a. O. aus mehreren Beyspielen dargethan hat. Nun vergleiche man aber noch den Brief des Felix an den Gregor,

est, et ex verbis ipsius legis, et auctoritate prudentissimi Papae Gregorii, quid de gradibus consanguinitatis numerandis sentire debeamus. Quamvis alia quoque ratio pari modo ipsos revincat adversarios. Nam si, ut ipsi fatentur, in illo sexto gradu consanguinitas finiretur, omnes personarum ramusculos, qui ultra illum gradum *in pictura arboris* continentur, velut superfluos oporteret detruncari. Sed quia omnes, qui in praedictae *arboris pictura* numerantur, ex una parentela consistunt, nunquam sine deminutione consanguinitatis a se poterunt separari: veluti non sine damno cuiusque personae valent a proprio corpore manus, brachia et pedes truncari. §. 8.

so wie ihn Harduin c. l. pag. 518. bekannt gemacht hat; dieser enthält nichts als Unwahrheiten, so daß Boehmer iur. eccles. Protestant. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 14. §. 7. mit Recht sagt: *Quot verba, tot mendadacia, quae nec caput nec pedes habent*, ob er wohl die historischen Unwahrheiten nicht einmal gerügt hat, z. B. wenn gesagt wird, Augustin sey vom Gregor zum Bischof von England ordinirt worden, da dieses doch, wie Beda *Histor. Anglor.* Lib. I. c. 27. erzählt, von dem Bischof Virgilius zu Arelat geschehen ist; ferner wenn in demselben Briefe eines gewissen Benedicts, als Bischof der Kirche zu Syracus, gedacht wird, da doch zur Zeit Gregors, vielmehr Maximian Bischof zu Syracus war, und nach ihm Johannes, dessen Gregor in einem Briefe vom J. 603 Lib. XI. Ep. 34. noch als lebend gedenkt. Boehmer c. I. §. 7. pag. 134. glaubt, der Erzbischof Egbert von York habe diese Briefe verfaßt. Denn er war der erste, welcher sie in seinen *Excerptionibus* c. 131. bey Harduin. Tom. III. Concilior. p. 191. zum Vorschein brachte. Da diese *Excerptiones* ums Jahr 747 erschienen, so müßte ja der Pseudo-Gregor noch älter, als Pseudo-Isidor seyn. Allein nicht alles, was in diesen Excerptionibus steht, ist von Egbert, sondern Manches aus der Capitularien-Sammlung des Benedictus Levita beygemischt. S. Gundlingiana. St. XXXVIII. S. 258. ff. Wäre nun das oben erwähnte Schreiben des P. Zacharias *can.* 4. *C.* XXXV. *Qu.* 5. ächt, oder auch schon damals vorhanden gewesen, wie viel Mühe hätte hier Alexander ersparen können?

Illa quoque sacrorum praeceptio canonum, quae iubet a propria abstineri consanguinitate, quam diu generatio recordatur, aut memoria retinetur, nec a praedicta parentelae discrepat computatione [40]). Nam sic in septem gradibus, si canonice

40) Alexander bezieht sich hier auf das *Concilium Wormaciense* cap. 32. vom Jahr 868. dessen Worte der *can.* 18. *C. XXXV. Qu.* 2. *et* 3. enthält. Allein von einer Endezahl der Consanguinität ist darin so wenig, als von einer Computation derselben die Rede. Schon vorher (a. 726.) hatte auch Pabst Gregor II. in einem Schreiben an Bonifaz, den bekannten Apostel der Deutschen, auf dessen Anfrage, *in quota progenie propinquorum matrimonium apud germanas gentes, recens ad fidem christianam conversas, indulgendum sit?* folgendermassen rescribirt: *Dicimus, quod oportuerat quidem quamdiu se cognoscunt adfinitate propinqui, ad huius copulae non accedere societatem. Sed quia temperantia magis, et praesertim in tam barbara gente, plus placet, quam districtio censurae, concedendum est, ut post quartam generationem iungantur.* Es ergiebt sich hieraus, daß schon vor jenem Wormser Concilium die Eheverbote wegen der Verwandtschaft, die sich vorher nur bis zur vierten Generation erstreckten, (*Capitulare* Haytonis *Episc. Basil.* c. 21.) soweit waren erweitert worden, als sich die Verwandten nur immer als solche anerkannten; und nur, aus besonderer Nachsicht gegen die damals neubekehrten Deutschen, hatte es Gregor II. in Ansehung derselben ausnahmsweise bey dem Alten zu lassen, für rathsam gehalten. S. Berardus ad Gratiani canones. P. II. Cap. 68. pag. 164. und Majer's teutsche Erbfolge 1. Forts. §. 17 — 20. S. 120 — 128. Man sieht übrigens hieraus, daß sich die Väter des Wormser Conciliums genau an die Regel Gregors II. gehalten haben, ohne eine gewisse Endezahl bey der Consanguinität zu bestimmen, und daß also damals die Begränzung der Eheverbote bis zur siebenten Generation, wenn sie auch gleich vielleicht aus dem Pseudo-Isidor (*Can.* 20. §. 1. *C. XXXV. Qu.* 2 *et* 3.) schon bekannt geworden, auch von einigen Provinzial-Concilien z. B. von dem Concilium zu Meaux sanctionirt war, (*can.* 1. *ibid.*) doch noch nicht überall in der Kirche gegolten habe, wie auch Boehmer ad c. 18. C. XXXV. Qu. 2. et 3. not. 45. et ad can. 1. ibid. not. 13. bemerkt hat.

et usualiter numerentur, omnia propinquitatum nomina continentur: ultra quos nec consanguinitas invenitur, nec nomina graduum reperiuntur, nec successio potest amplius prorogari, nec memoriter ab aliquo generatio recordari. §. 9. Ne vero in hac consanguinitatis computatione aliqua dehinc valeat ambiguitas remanere, aliam, quam quidam faciunt, numerationem in hac etiam disputatione duximus finiendam. Sunt enim quidam, qui non a fratribus, sed a filiis eorum, id est, patruelibus, vel consobrinis, genealogiam numerare incipiunt: dicentes, filios fratrum in prima generatione computari debere, quia fratres quasi quidam truncus, ex quo caeteri ramusculi oriuntur, existunt [41]). Sed nec ista

41) Boehmer ad h. canon. not. 5. T. I. Corp. iur. can. pag. 1098. glaubt, Gregor der Große sey dieser Meinung gewesen. Allein daß zur Zeit dieses Pabstes, und noch über funfzig Jahre nach seinem Tode bis zur Zeit des Longobardischen Königs Rotharis (Leges Longobardor. Tit. VIII. §. 4.) in Ehesachen römisches Recht gegolten habe, hat Berardus in Gratiano. P. II. Cap. 59. pag. 53 sq. dargethan. Was Alexander hier sagt, war vielmehr die Meinung des Isidorus *can.* 1. *C. XXXV. Qu.* 5. dessen Worte oben S. 165. angeführt worden sind. Isidor, welcher die Geschwister für den Stamm hält, macht die Geschwisterkinder zum ersten Grade, und nimmt nach dieser Gradeberechnung nur sechs Grade der Consanguinität an. Auch auf dem unter dem Kaiser Heinrich dem Heiligen im Jahre 1005. zu Dortmund gehaltenen Concilium ging Bischof Adelbero zu Metz, um den Kaiser zur Aufhebung der Ehe des Herzogs Conrads von Kärnthen mit der Prinzessin Mathildis von Schwaben zu vermögen, von dem Grundsatz aus: *quod frater sororque in supputationem non admittantur*, ideoque consanguinitas horum non plus, quam *secundo loco* (i. e. generatione) elongare praevaleat. Diese Meinung wurde auch auf dem Concilium zu Seligenstadt, welches von dem Erzbischof Aribo zu Mainz im J. 1022. war gehalten worden, sanctionirt. Hier heißt es can. 11. bey Harduin Tom. VI. Concilior. pag. 829. *Quidam etiam generationem consanguini-*

graduum computatio si bene intellecta fuerit, ab ea, quam superius exposuimus, in sententia poterit esse diversa. Isti enim, qui numerandi initium sumunt a filiis fratrum, non progrediuntur ultra sextam generationem: sed sicut totius mundi sex aetates existunt, et humanae vitae itidem sex, ita et in consanguinitate sex tantummodo autumant computandas esse generationes [42]); quibus

tatis ita volunt numerare, ut frater et soror sint PRIMI. *Hoc autem statuit* SANCTA SYNODUS, *sicut etiam ab* ANTIQUIS PATRIBUS *decretum est, ut ita* NON *esset, sed ut nepos et neptis, i. e. filius fratris et filia sororis* PRIMI *habeantur.* Hiermit stimmt denn auch der Sachsenspiegel überein, in welchem es Buch I. Art. 3. heißt: Diz ist die erste Sibbe Zcale, die man zu Magen rechnet, Bruder Kindere und Schwester Kindere. S. Gundling's Gedanken über die gradus consanguinitatis. §. 17. in den Gundlingianis. Stück XXVII. Nr. 3. S. 181 ff. und HOMMEL Oblectam. iuris feodal. Obs. XVI. pag. 115. sq.

42) Dieser Grund wird auch *can. un. C. XXXV. Qu. 4.* unter Isidors Namen angeführt. Ob aber dieser Text aus desselben *Etymologiar. Lib. IX. cap. 6.* wie ihn Gratian citirt, wirklich entlehnt sey, ist zweifelhaft. Ivo Part. IX. Decreti cap. 46. verbindet ihn zwar mit *can. 1. C. XXXV. Qu. 5.* wie oben S. 165. Not. 82. bemerkt worden ist; allein er befindet sich nicht in allen Handschriften des Bischofs Isidors von Sevilla. Daher eignen ihn die Römischen Correctoren vielmehr dem AUGUSTINUS *de civitate Dei* Lib. XV. cap. 16. zu. Eben so BERARDUS ad Gratiani canones. P. III. Cap. 27. pag. 403. Man findet aber auch die nämlichen Worte in des Erzbischofs *Egbertus* von England, (der, von Geburt ein Sachse, im Jahre 767. starb) *Excerptionibus e dictis et canonibus sanctorum patrum* bey HARDUIN Tom. III. Concilior. pag. 1974. In dem Sachsenspiegel Buch I. Art. 3. findet sich die nämliche Vorstellung von den sechs Weltaltern. Es heißt daselbst nach der Zobelischen Ausgabe (Leipzig 1560 f.) „Origenes weissaget hievor, daß sechs Welt sollten seyn, (oder wie es nach dem Cod. Lips. in der Gärtnerischen Ausgabe heißt: Daz sechs werlde solden wesen) jede Welt auff tausent Jhar gerechnet, nach welchen sie wieder solten zugehen. Nun ist

finitis, novae coniunctionis dicunt posse fieri initium: ut quasi fugientem possint revocare consanguinitatem. §. 10. Haec itaque computatio, quae incipit a fratrum filiis, et numerat usque ad sextam generationem, tantundem valet, quantum ea, quae incipit a fratribus, et computat usque ad septimam. Nec ulla in sensu existit diversitas, quamvis in numero graduum varietas videatur. Ultima enim generatio, si initium numerandi sumat a fratribus, septima invenitur; si a filiis fratrum, reperitur sexta. Taliter igitur determinatis gradibus consanguinitatis, apostolica vos auctori-

uns kundt aus der heiligen Schrifft, daß an Adam die erste Welt anfieng, an Nohe die andere, an Abraham die dritte, an Moyse die vierde, an David die fünfte, an Gottesgeburt die sechste. In der siebenten seint wir nun ohne gewiße Zalh. Zu derselben Weise sindt auch die herschildt und Stende der Ritterschaft außgeteilet. Unter welchen der König den ersten hat, die Bischoff die Ebt und die Ebtissin, die gefürstet sindt, haben den andern. Die Leienfürsten den dritten, seindt sie der Bischoff Manne worden sind. Die Freyherren den vierden. Die Schöpfenbaren Leuth und der Freyherrn Manne haben den fünften. Ihre Mann forthan haben den sechsten. Und alß die Christenheit in der siebenden Welt keine bescheidene Zeit (bey Gärtner Stetigkeit) weis, wie lang sie stehen soll, also weis man auch nicht an dem siebenden schilt, ob er Lehn- oder heerschiltes Recht haben möge. Die Leienfürsten haben aber den sechsten schilt inn den siebenden bracht, seindt sie worden sind der Bischoff Man, das ehe nicht was. Und gleich als die heerschilt sich enden in dem siebenten Schilt, so endet sich auch die Sypp in dem siebenden Gliedt." Hier ist nun zwar von einer siebenten Zahl die Rede, allein der Verfasser sagt es ja ausdrücklich, daß diese Zahl erst nachher entstanden sey. S. Hommel Oblectam. iur. feod. Obs. XVI. pag. 117. Hieraus läßt sich beurtheilen, ob es wahr sey, was van Espen in Commentar. in alt. partem Gratiani ad can. 4. C. XXXV. Qu. 4. sagt: De hac restrictione usque ad sextum gradum alibi me legisse non memini, multo minus rationem adductam ab ullo probatam scio. S. *Operum* a *Giberto editor.* Tom. VIII. pag. 107.

tate monemus, fratres et filii, ut omnibus sic seriem genealogiae computandam esse intimetis, quemadmodum sancti patres numerandam esse sanxerunt, et antiquus mos sanctae et universalis ecclesiae per longa tempora olim computasse monstratur. Nam, si quis perversa et obstinata mente a recto tramite apostolicae sedis deviare voluerit, et aliter, quam nos, in nuptiis celebrandis gradus parentelae numerare contenderit, primum pro sua temeritate coelesti poena plectetur: postmodum vero gladio perpetui anathematis se noverit iugulandum. Data Romae etc.

Vergleicht man diesen Canon mit des Damiani Tractat de parentelae gradibus[43]), so erscheint klar, daß er ganz aus desselben Feder geflossen, oder nichts, als ein Auszug aus demselben sey, und daher Damiani bey dieser Gesetzgebung des Pabstes Alexanders II. wie von allen hier bemerket worden, die Hauptrolle gespielt habe. Der Hauptgrund, worauf diese Gesetzgebung gebauet worden, ist eigentlich ein Irrthum. Nämlich man ist von dem Satze ausgegangen, das römische Recht habe nur wegen der Erbfolge, nicht aber für die Ehen eine Gradeberechnung festgesetzt. Diese Civilcomputation passe aber nicht auf Ehefälle, weil bey diesen immer auf zwey Personen zu sehen sey, dahingegen bey Erbschaften jede einzelne Person in Betrachtung komme, darum seyen die Grade in Ehesachen zu verdoppeln, und zwey Grade des Civilrechts, könnten also hier immer nur einen Grad, nur eine Generation ausmachen. Aus diesem Grunde habe von jeher im Kirchengebrauche eine andere Gradeberechnung gegolten, und es sey daher in der Seitenlinie, wie in der geraden Linie, nur die eine Seite bis zum gemeinschaftlichen Stamme zu zählen. Nun sind zwar auch mehrere neuere Rechtsgelehrten[44]) der Meinung, das römische Recht zähle bey

43) Tom. III. *Operum.* Opusc. VIII. Edit. *Constantini Cajetani.* Bassani 1773. 4.

44) Brouwer de iure connubior. Lib. II. cap. 9. n. 6. Berardus Commentarior. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. IV. Cap. IV. pag. 103. sq. Majer teutsche Erbfolge. 1. Fortſ. S. 29.

seinen Eheverboten nicht die Grade, sondern verbiete, eben so, wie das mosaische Recht, nur namentlich mit gewißen Personen die Ehe, und sehe dabey mehr auf pudorem naturalem, als auf den Grad der Consanguinität. Beyde Arten der Computation wären daher zwar von einander verschieden, aber nicht einander contrár, weil das römische Recht bey Schließung der Ehen nirgends der Verwandtschaftsgrade gedenke. Es scheint auch Paulus für diese Meinung zu sprechen, welcher in der *L.* 10. *pr. D. de gradib.* so ausführlich zeigt, warum die Kenntniß der Grade der Verwandtschaft höchst nöthig sey, der Ehen aber dennoch nicht gedenkt, und Modestin *L.* 4. §. 5. *eod.* sagt ausdrücklich: gradus adfinitati nullos esse. Allein alles dessen ungeachtet erscheint doch das Gegentheil nicht nur aus den schon oben (S. 171.) angeführten Stellen des Justinianeischen Rechts, sondern es ergiebt sich auch noch mehr aus einer Stelle des Ulpian [45]), welcher ganz bestimmt sagt: Inter parentes et liberos infinite, *cuiuscunque gradus*, connubium non est. Inter cognatos autem ex transverso gradu olim quidem *usque ad quartum gradum* matrimonia contrahi non poterant: nunc autem etiam *ex tertio gradu* licet uxorem ducere: sed tantum fratris filiam, non etiam sororis filiam, aut amitam, vel materteram: *quamvis eodem gradu sit* [46]). Hierzu kommt noch eine Stelle aus des Theophilus griechischen Paraphrase der Institutionen [47]), dieser setzt nämlich zu dem §. 3. *I. de nupt.* wo Justinian sagt: Fratris vero vel sororis filiam uxorem ducere non licet: sed nec neptem fratris vel sororis quis ducere potest, *quamvis quarto gradu sint*, noch die Worte hinzu: *ἐξ οὗ βαϑμοῦ δύναμαι λαμβανειν πρὸς γάμον, οἷον τὴν ϑετὴν ϑυγατέρα τοῦ ϑείου ἢ τῆς ϑείας*, i. e. *ex quo gradu* (sc. quarto) *uxorem possum ducere, veluti patrui vel*

45) *Fragm. Tit. V.* §. 5. (in Schulting *Iurispr. Antejust.* pag. 578.)

46) Man vergleiche auch die *Collatio Mosaicar. et Romanar. Legum* Tit. VI. §. 2. bey Schulting. pag. 755.

47) Lib. I. Tit. 10. §. 3.

amitae, avunculi vel materterae, filiam adoptivam[48]). So gewiß es also ist, daß das römische Recht dieselbe Gradeberechnung, welche in Erbfällen galt, auch bey Schließung der Ehen unter Verwandten befolgte, so einleuchtend ist die Verschiedenheit der canonischen Gradeberechnung von der Civilcomputation. Daher sagt Johann Dartis [49]) sehr richtig: Ratio vero computationis haec nobis visa est praecipua, quod nullus adhuc animadvertit. Jus nempe civile in gradibus distinctis constituendis et computandis attendere diversas generationes *numero*, inter duas scilicet personas inter se comparatas: Jus autem canonicum attendere easdem diversas *specie tantum*, ita ut generationes *numericae* gradus faciant civiles, *specificae* vero gradus pontificios: ut v. g. ego differo a fratre meo duobus gradibus civilibus, quia sunt duae *numero* generationes; unico autem gradu canonico, quia mea generatio, et generatio fratris mei, sunt *eiusdem speciei* et *in eodem stemmate* reponuntur respectu patris, quatenus ambo sumus eius filii. Eben so gewiß ist es denn aber auch, daß der Pabst Alexander II. diese canonische Computation jetzt nicht erst neu einführte, sondern als eine in dem Kirchengebrauche schon längst angenommene bestätigte, denn sie ist ja an sich, wie schon oben bemerkt worden, keine andere, als die ursprünglich deutsche; daß sie aber schon vor Alexander II. auch von der Kirche angenommen gewesen seyn müsse, erhellet aus der Beziehung dieses Pabstes auf Gregor. Denn seyen auch die von demselben angeführten Verordnungen ihrem Ursprunge nach unächt, so galten sie doch wenigstens zur Zeit des Pabstes Alexander II. als ächt, und konnten also wenigstens zum Beweise eines alten Kirchengebrauchs dienen, wenn dieser auch gleich erst durch die Verordnung des Pabsts Alexander II. zum allgemeinen

48) S. *Ge.* D'ARNAUD Variar. Conjecturar. iuris civ. Lib. I. cap. 23. pag. 161 — 163.

49) Commentar. in Decretum Gratiani ad Caus. XXXV. Qu. 1. sqq. (*Oper. canonicor. Paris* 1656. *f.*) p. 352.

Kirchengesetz erhoben, und dadurch die noch bisher in Italien üblich gewesene Civilcomputation in Ehesachen gänzlich verdrängt worden ist. Denn wer sollte wohl glauben, daß Damiani oder Alexander II. die Rechtsgelehrten zu Ravenna so geradezu eines neuen und unerhörten Irrthums ins Angesicht würde beschuldiget haben, wenn die canonische Computation damals noch neu und unerhört gewesen wäre? oder wer sollte glauben, daß die Lehrer jener Rechtsschule die Florentiner auf ihre Anfrage, wie die siebente Generation zu computiren sey, bis auf welche die Ehen von Alexander II. neuerlich verboten worden wären, ganz falsch belehrt haben würden, wenn damals die Civilcomputation schon durch die canonische ganz allgemein verdrängt gewesen wäre? Daß aber die canonische Berechnungsart von den römischen Bischöfen nur aus Politik und kluger Condescendenz gegen die zur Uebermacht in Italien gekommenen deutschen Völker, besonders die Longobarden angenommen worden, wie Hommel[50]) behauptet, ist wohl von Majer[51]) hinlänglich widerlegt worden. Wie hätten sie denn aber auch eine Berechnungsart, welche der in den Gesetzen der Deutschen[52]) sowohl bey der Erbfolge, als bey den Eheverboten festgesetzten, und von der Kirche angenommenen Sippzahl eben so angemessen, als ihrem Interesse vortheilhaft war, der römischen Computation nicht vorziehen sollen? zumal wenn die canonische Gradeberechnungs-Art, wie Herr Justizrath Majer[53]) aus den Begriffen von Grad und Consanguinität darzuthun sich bemüht hat, die ganz natürliche und einzig richtige seyn sollte.

Noch ist jedoch zu bemerken, daß die Regel Alexanders II. quod duo gradus legales unum gradum canonicum constituant, nur eigentlich für die gleiche Seitenlinie gilt. Die Regel für die ungleiche Seitenlinie ist erst späterhin bestimmt worden[54]).

50) Oblectam. iur. feod. Obs. XVI. pag. 116.

51) In der öfters angef. Schrift S. 134 ff.

52) Capitularia regum Francorum, bey Georgisch, pag. 506. 530 und 1723.

53) A. a. O. §. 6 — 19.

54) S. Dartis Comment. in Gratiani Decretum c. I. pag. 532. und Boehmer iur. eccl. Protest. T. IV. p. 144.

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Glück, Christian Friedrich <<
von>>, / Hellfeld, Johann August,

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein
Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 23,1

Erlangen (1822)

J.rom.c. 137-23,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565418-6
VD18 90225244